



La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés

Farag Hmoda

► To cite this version:

Farag Hmoda. La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés. Droit. Université de Franche-Comté, 2013. Français. NNT : 2013BESA0001 . tel-00828144

HAL Id: tel-00828144

<https://theses.hal.science/tel-00828144>

Submitted on 30 May 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE FRANCHE-COMTE
ECOLE DOCTORALE « LANGAGES, ESPACES, TEMPS, SOCIETES »

Thèse en vue de l'obtention du titre de docteur en
DROIT PRIVE

LA PROTECTION DES CREANCIERS AU SEIN DES GROUPES DE SOCIETES

Présentée et soutenue publiquement par

Farag HMODA

Le 19 mars 2013

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Pierre LEGROS

Membres du jury :

Madame Christine Lebel, Maître de conférences HDR à l'Université de Lorraine,
Rapporteur,

Monsieur Jean-Pierre Legros, Professeur à l'Université de Franche-Comté, Directeur de la
recherche,

Monsieur Philippe Roussel Galle, Professeur à l'Université Paris V, Rapporteur,

Monsieur Vincent Thomas, Maître de conférences HDR à l'Université de Bourgogne.

A mes parents pour leur fidèle soutien.
A mon épouse pour sa patience et sa compréhension.

Merci à :
Jean-Claude Petitcolin et Paul-Henri Schmitt pour leur relecture.

Je tiens à exprimer ma gratitude à Monsieur le Professeur Jean-Pierre Legros pour avoir bien voulu accepter avec bienveillance l'encadrement de cette thèse. Je le remercie également de tout cœur pour sa disponibilité, l'aide précieuse et indéfectible qu'il m'a apportée, et toute l'attention qu'il a bien voulu accorder à mon travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Act. Jur.	Actualité de la jurisprudence.
Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
Arg.	Argument
Art.	Article
Av. gal.	Avocat général
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires, Francis Lefebvre
Bull. civ	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre civile
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
Bull. Joly	Bulletin Jolly
C. civ. fr.	Code civil français
C. civ. lib.	Code civil lib.
C. com. fr.	Code de commerce français
C. com. lib.	Code de commerce libyen
C. mon.	Code monétaire
C. sup.	Cour suprême
CA	Cour d'appel
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCE	Chambre de commerce internationale
CE	Conseil d'Etat
Cf.	Se rapporter à
Ch.	Chambre
Chron	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CNCC	Compagnie nationale des commissaires aux comptes
Col.	Colonne
Com.	Commercial(e)
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Cons. Conc.	Conseil du droit de la concurrence
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Contra	Solution contraire
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Dalloz affaires

Déc.	Décision
DG.	Directeur Général
DH.	Recueil Dalloz hebdomadaire
Doc. fr.	La documentation française
Doctr.	Doctrine
Dr. des sociétés	Droit des sociétés
Dr. soc.	Droit social
Dr. trav.	Droit du travail
ED E	Edition entreprise
ED G	Edition générale
Ed.	Edition
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GIE	Groupement d'intérêt économique
Ibid.	Ibidem : au même endroit
In.	Dans
Infra	Ci-dessous
IR.	Recueil Dalloz Informations rapide
J.O	Journal officiel
J.O.C.E.	Journal officiel des communautés européennes
JCP E	Juris-Classeur Périodique (semaine juridique), édition entreprise et affaires
JCP G	Juris-Classeur Périodique (semaine juridique), édition générale
JCP S	Juris-Classeur Périodique (semaine juridique), édition sociale
JCP, CI	Juris-Classeur Périodique (semaine juridique) édition commerce et industrie
JDI	Journal de droit international (Clunet)
JSL.	Jurisprudence Lamy social
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Litec	Librairie technique.
LPA	Les petits Affiches
N°	Numéro
Obs.	Observation
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Op. cit.	Opus citatum
Ord.	Ordonnance
P.	Page
P. Aff.	Petit affiche
Pan.	Panorama
PCA	Président du conseil d'administration
PDG	Président Directeur Général
Préc.	Précité(e)

Pub.	Publié (e)
Quot. Jur.	Quotidien juridique
Rapp.	Rapport
RDT	Revue de droit du travail
Réf.	Ordonnance d'un juge des référés
Rép. Trav. Dalloz	Répertoire de droit du travail Dalloz
Req.	Arrêt de la chambre de requête de la Cour de cassation
Rev. crit. DIP.	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. bancaire	Revue de droit bancaire
Rev. dr. trav.	Revue de droit de travail
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives.
Rev. soc.	Revue de droit des sociétés
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RJS	Revue de Jurisprudence sociale
RPDS	Revue pratique de droit social
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
SA.	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SARLUP	Société à responsabilité limitée unipersonnelle
SAS	Société par actions simplifiées
SASUP	Société par actions simplifiées unipersonnelle
SC	Société civile
SCS	Société en commandite simple
SNC	Société en nom collectif
Somm.	Sommaire
Sté.	Société
Supra	Ci-dessus
TGI	Tribunal de grande instance
TGI	Tribunal de grande instance
TPI	Tribunal de première instance
TPS	Travail et protection sociale
Trib.	Tribunal
Trib. Com.	Tribunal de commerce.

SOMMAIRE

Liste des principales abréviations	5
Sommaire	8
Introduction	10
Chapitre préliminaire : Notion de groupe de sociétés	19
Section I : La définition de groupe de sociétés	20
Section II : Les entités composant le groupe de sociétés	Erreur ! Signet non défini.
 PARTIE I : LA PROTECTION DES CREANCIERS INTERNES DES FILIALES	 666
Titre I : La protection des associés minoritaires des filiales.....	688
Chapitre I : La protection des associés minoritaires par la prévention de conflits d'intérêts.....	70
Section I : Le conflit d'intérêt issu des actes conclus entre la filiale et sa mère	71
Section II : Le conflit d'intérêts issu de la position dominante de la société mère	933
Chapitre II : La protection des minoritaires fondée sur l'autonomie de la filiale.....	1366
Section I : L'obligation de respecter les droits des minoritaires	1377
Section II : L'obligation de respecter l'organisation des pouvoirs au sein de la filiale	1766
Titre II : La protection du personnel de la filiale.....	1999
Chapitre I : La mobilité des salariés de la filiale	201
Section I : Le transfert du salarié de la filiale.....	201
Section II : La mise à disposition ou le prêt de main-d'œuvre	22020
Chapitre II : La protection des salariés en cas de restructuration du groupe.....	251
Section I : La restructuration impliquant un licenciement économique de salariés.....	2533
Section II : La restructuration impliquant un changement notable dans la situation du salarié	2833
 PARTIE II : LA PROTECTION DES CREANCIERS EXTERNES DE LA FILIALE.....	 3077
Titre I : La protection des créanciers de la filiale contre le non-respect de sa personnalité	31010
Chapitre I : La protection des créanciers de la filiale en cas de confusion de patrimoine	31212
Section I : La notion de confusion de patrimoine.....	3133
Section II : Les effets de la confusion de patrimoine	3377
Chapitre II : La protection des créanciers de la filiale en cas de fictivité	3744
Section I : La protection des créanciers en cas de fictivité de la filiale elle-même	3766
Section II : La protection des créanciers en cas de fictivité dans la gestion ou la direction de la filiale	3977
Titre II : La protection des créanciers contre les fautes de la société mère	4133
Chapitre I : La protection des créanciers en droit des sociétés.....	4155

Section I : La société mère, dirigeante de sa filiale.....	4166
Section II : La protection des créanciers contre la société mère, fondatrice ou associée de sa filiale	4588
Chapitre II : La protection des créanciers de la filiale selon des règles particulières.....	4799
Section I : La protection des créanciers particulière à certains domaines	48181
Section II : La protection des créanciers de la filiale, fournie par le droit civil.....	500
Conclusion générale	5277
Bibliographie	53232
Index.....	58484
Table des matieres	59393

Introduction

1. Dans la plupart des systèmes juridiques, le concept de « groupe de sociétés » appartient au domaine économique ou à celui des sciences politiques plutôt qu'au domaine juridique. En effet, bien que le phénomène de groupes de sociétés tende à devenir prépondérant dans l'économie, tant régionale que mondiale, on s'aperçoit qu'une majorité d'Etats ignore encore le droit du groupe. À l'intérieur de l'Union Européenne, seuls les droits allemand, portugais et anglais ont donné au groupe de sociétés une structure détaillée et complète¹. Cependant, on constate jusqu'à présent l'absence d'une loi française spécifique régissant l'organisation globale de cette structure. Seules deux tentatives ont été faites devant le Parlement. La première est la proposition de loi française sur les groupes de sociétés, protégeant leur personnel et leurs actionnaires (dite aussi « proposition COUSTE »), enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale en février 1970. Elle proposait un système législatif d'ensemble du groupe, mais cette proposition, s'inspirant du droit allemand de 1965, ne fut jamais discutée au Parlement². La deuxième tentative, plus récente, est la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite Grenelle 2³). L'article 84 de cette loi, relatif à la responsabilité de la société mère (devenu l'article L. 512-17 du Code de l'environnement), se réfère à l'article L. 233-1 du Code de commerce pour définir les concepts de « société mère » et de « filiale ». Ce texte ne concerne toutefois que la responsabilité de la société mère en raison des atteintes à l'environnement commises par sa filiale.

2. Par ailleurs, le Code de commerce français (issu de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966), bien que comportant certaines définitions propres au groupe de sociétés, ne précise guère cette notion. Certes, les articles L. 233-1 à L. 233-40 sont consacrés aux filiales, participations et sociétés contrôlées, mais ces articles ne traitent que certains aspects partiels. Lorsqu'il s'agit du groupe social, en général, ces concepts – filiale, participation, société contrôlée – ne semblent pas suffisamment opératoires pour aller plus loin et réagir à la responsabilité des sociétés dominantes à l'égard des dettes de leurs filiales. De surcroît, le contrôle pourrait se produire au-delà des limites étroites de ces articles.

1 P. Ramquet, *responsabilité de société mère du fait de sa filiale*, par Pierre, Séminaire de Milan du 6 et 7 novembre 1998, organisé par l'association internationale des jeunes avocats.

2 Voir A. Jacqueman, *La dynamique du groupe d'entreprises : un perspectif du droit économique*, revue d'économie industrielle n° 47, 1er trimestre 1989, p 12.

³³ Le projet de cette loi a été présenté à l'Assemblée Nationale le 14 octobre 2009. Voir plus en détail sur cette loi, infra n°715 et s.

D'autre part, la deuxième partie du Code de commerce libyen (n°23-2010, du 28 janvier 2010), consacré aux sociétés commerciales ne contient aucune réglementation adéquate pour les groupes de sociétés. Les règles relatives aux sociétés mère et filiale sont peu nombreuses et ne donnent aucune définition capable d'inclure tous leurs aspects juridiques. La jurisprudence ne semble pas non plus avoir fourni d'efforts remarquables dans ce domaine, car l'économie libyenne avait, jusqu'aux années quatre-vingt-dix, un caractère public plutôt que privé. Même les sociétés constituées ou privatisées après ces années ne sont en réalité que des entités isolées loin de la structure complexe des sociétés liées. Mais, étant donné les grandes réformes législatives concernant l'investissement national et étranger, on remarque que le phénomène de groupe de sociétés commence à devenir une réalité de plus en plus forte, notamment dans certains projets avancés par des filiales des sociétés étrangères, ainsi les domaines pétroliers, bancaires et immobiliers.

3. L'étude juridique du groupe de sociétés n'échappe dès lors pas à certaines difficultés. Elle se heurte en premier lieu à l'absence d'une législation spécifique, et, en conséquence, à l'absence de travaux doctrinaux et jurisprudentiels fondés sur des règles solides⁴. En effet, bien qu'il existe déjà un intérêt croissant pour approfondir ce sujet, on remarque que la plupart des approches ne l'aborde que partiellement, témoignant clairement d'un vrai déficit législatif. Ce manque de fondement juridique se justifie, en réalité, par le fait que de telles approches font partie d'un certain nombre de branches juridiques (droit commercial, financier, fiscal, international, international privé et droit du travail)⁵, et nécessitent ainsi soit l'intervention d'une personnalité capable d'appréhender l'intégralité de ces domaines⁶, soit la participation de tous les spécialistes, y compris dans les domaines économiques et politiques. Cette rencontre s'est révélé être particulièrement difficile, pour ne pas dire quasi-impossible, à réaliser, notamment en raison de la spécificité, voire du cloisonnement académique de chaque discipline.

Il existe, en deuxième lieu, une autre difficulté afférente à la multiplicité des moyens et des structures juridiques employés par les sociétés mères pour contrôler leurs filiales. Certains instruments sont issus du droit des sociétés, d'autres fondés sur des techniques

4 Voir *Mémento pratique, groupe de sociétés*, Francis Lefebvre. 2009-2010, p15.

5 Voir aussi, P. Billion, *les groupes de PME. Une ou plusieurs sociétés ? Aspects juridique, financier, 50 questions et réponses pratiques*, LexisNexis-Litec., 2009, p. 13 : «un groupe de sociétés, qui peut être constitué de deux sociétés, relève d'un vocabulaire spécifique qui provient de diverses sources : droit des sociétés, plan comptable général, droit fiscal...».

6 Une telle hypothèse même difficile à réaliser, n'est pas impossible. M. Hannoun dans sa thèse (*le droit et le groupe de sociétés LGDJ, 1991*) avait pris le parti d'analyser le groupe de sociétés à travers l'ensemble du droit.

contractuelles. La société mère utilise souvent l'un ou l'autre, ou encore tous les deux, dans des proportions se différenciant selon les pays et leur régime politique ou législatif, ce qui complique encore l'étude juridique de ce phénomène⁷.

La difficulté la plus ardue à surmonter est cependant liée à la grande différence entre le droit et le fait dans ce domaine, surtout lorsqu'il s'agit d'un groupe de sociétés transnationales. Dans ce cas, ces dernières sont sans conteste des firmes mondiales, formant ensemble une entité sociale dépassant les frontières nationales des pays où elles exercent leurs activités. Or, la réalité montre que le droit s'applique, par principe, dans un cadre national, ce qui induit, avec un tel caractère mondial, l'insuffisance des instruments et des notions techniques ou juridiques reconnus pour englober ce phénomène. En d'autres termes, les sociétés multinationales dépassent les frontières des États où elles travaillent, et conséquemment, la portée de la souveraineté territoriale des régimes juridiques de ces pays. On peut concevoir ainsi la difficulté d'avoir un système juridique national capable d'appréhender tous les éléments de ce phénomène.

4. En revanche, il ne semble pas que les organismes internationaux «poussent les feux» pour faire avancer en ce domaine, d'importantes conventions multilatérales, qu'il s'agisse des conventions de conflits de lois ou des conventions de droit matériel, comme cela a été le cas par exemple pour les Nations Unies. En effet, lors de sa huitième session à Genève le 1er avril 1975, la Commission des Nations Unies du droit commercial international (CNUDCI)⁸ avait proposé, pour résoudre les problèmes issus de la pluralité des droits nationaux, d'instituer un système international gouvernant les activités des sociétés multinationales. Elle considérait qu'une telle organisation représentait le seul moyen pour réduire les conflits résultant de ces activités. Si une telle solution s'avérait impraticable, on pouvait recourir à l'unification ou encore à la conciliation entre les droits nationaux. Mais cette proposition, malgré sa simplicité, faisait l'objet de critiques acerbes puisqu'elle ignorait l'incompatibilité entre les intérêts particuliers de chaque partie, à savoir, d'un côté, les sociétés multinationales et leur pays, qui cherchent un cadre juridique pertinent pour l'évolution et le développement de celles-ci, et, de l'autre côté, les pays accueillant ces sociétés, qui veulent un système légal susceptible de déceler et contrôler les activités de ces

7 V. H. Issa, *les sociétés multinationales, étude destinée aux aspects juridiques et économiques de la concentration capitaliste contemporaine, l'association arabe des études et publications*, p.40 ; voir dans ce sens aussi, J. Béguin, *l'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi* du 24 juillet 1966, *Rev. soc.* 1996 p.513.

8 Elle a été créée par l'assemblée générale des Nations Unies le 06 décembre 1966, ayant pour finalité d'encourager l'harmonisation et l'unification progressive du droit commercial international.

sociétés.

5. Néanmoins, la CNUDCI a fait de remarquables efforts dans ce domaine. En effet, depuis le 30 mai 1997, elle a adopté la loi-type sur l'insolvabilité internationale, qui a pour objectif d'aider les États à donner à leurs législations un cadre moderne, harmonisé et équitable, en vue de traiter plus efficacement les cas d'insolvabilités internationales. C'est à dire, les cas où le débiteur insolvable dispose de biens dans plus d'un État, ou lorsque certains des créanciers du débiteur ne sont pas ressortissants de l'État où la procédure de l'insolvabilité a été ouverte⁹. À l'opposé de la proposition de 1975 précitée, ce guide respecte les différences entre les règles de procédure nationale et ne tente pas d'unifier sur le fond les législations concernant l'insolvabilité.

En outre, la CNUDCI a adopté à New-York le 25 juin 2004, au cours de sa trente-septième session, un autre guide ayant pour dessein d'aider à la mise en place d'un cadre juridique efficace et effectif permettant de résoudre les difficultés financières des débiteurs. Ce guide aborde des questions essentielles concernant l'élaboration par les pays d'une loi sur l'insolvabilité tout en visant à éviter des conflits éventuels entre débiteurs et créanciers. Il s'intéresse essentiellement aux procédures d'insolvabilité ouvertes en application de la loi sur l'insolvabilité et menées conformément à celle-ci, et plus particulièrement au redressement d'un débiteur, personne physique ou morale, qui exerce une activité économique.¹⁰

Plus récemment, dans sa quarante-troisième session réunie à Vienne entre le 09 et le 13 novembre 2009, la CNUDCI a mis en place un guide législatif sur le droit à l'insolvabilité des groupes d'entreprises, notamment, multinationales. Il vise essentiellement à fournir aux législateurs, et aux praticiens en général, des conseils pour surmonter les problèmes relatifs à la coopération et à la communication dans les affaires d'insolvabilité internationale. Autrement dit, les affaires dans lesquelles des procédures d'insolvabilité sont ouvertes dans plusieurs pays où le débiteur insolvable a des actifs, ou dans lesquelles certains de ses créanciers ne se trouvent pas dans l'État d'ouverture de la procédure. Ces affaires concernent, en particulier, des groupes de sociétés dont les locaux, les activités commerciales et les actifs sont situés dans de multiples États. Les conseils se fondent sur une illustration des expériences et des pratiques qui ont été recensées.

9 Voir *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation*, site de la CNUDCI.

10V. 2004 - *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, publication des Nations Unies, numéro de vente F.5.V.10, ISBN 92-1233411-3.

6. Toutefois, dépassant ces tentatives internationales, notre thème d'étude jouera un rôle important dans les droits français et libyen en l'absence d'une législation qui régleme les groupes de sociétés d'une façon détaillée, à l'instar d'autres États comme l'Allemagne et le Royaume-Uni. En Libye par exemple, en dépit de la politique de privatisation ayant débuté dans les années quatre-vingt-dix, et ce malgré l'encouragement des investisseurs, les sociétés sont restées organisées par le Code de commerce de 1954 (abrogé et remplacé par le nouveau Code de commerce de 2010) qui ne prévoit que six types sociaux lesquels semblent, du reste, organisés d'une manière simple et hiérarchique, fondés sur leur personnalité morale indépendante. Les pouvoirs attribués aux organes sociaux s'avèrent, dès lors, très hiérarchisés, et distribués à l'intérieur de la société, et non d'un groupe. Certaines autorisations, en faveur des groupes, sont reconnues aux dirigeants en droit français, mais elles ne le sont pas en droit libyen. Ainsi, les conventions passées entre la société et son dirigeant, sans l'accord préalable de son assemblée générale, sont strictement prohibées sous peine de nullité absolue (C. com. art. 181) ; alors qu'en droit français, ces actes sont vus comme légitimes lorsqu'il s'agit d'un dirigeant personne morale ou d'un dirigeant d'un établissement bancaire (C. com. art. L 225-43 al. 2 et C. mon. art. L.511-7,1, 3°)¹¹ La jurisprudence française se montre également flexible à l'égard des conventions passées entre sociétés du même groupe¹².

7. D'autre part, à la différence de son homologue français, le droit libyen ne dispose d'aucune définition de la société filiale ou de la maison mère, ni d'un seuil de participations au-delà duquel ces sociétés existent. Il ne reconnaît pas non plus les sociétés unipersonnelles, telles que la SASU (SAS unipersonnelle) et l'EURL, (abréviation pour la SARL unipersonnelle), qui sont assez opportunes dans l'organisation d'un groupe. En outre, le cumul de mandats sociaux, lorsqu'il s'agit des sociétés rivales, est interdit en droit libyen. Il en est de même pour la gérance par le dirigeant d'une activité personnelle contraire à l'intérêt social. Mais l'interdiction est levée en cas d'autorisation préalable de l'assemblée générale de la société (art 540 C. com)¹³.

8. Par ailleurs, l'insuffisance de règles législatives en France semble devoir être

¹¹ M. Cozain, A. Viandier et F. Deboissy, *droit des sociétés, Litec, 22e édition 2008, P655*. Voir aussi M-B. Salgado, *droit des sociétés, Lexifac droit, 2e édition 2008, p. 221*

¹²Cf. infra n° 101 et s.

¹³ Nous verrons qu'une telle règle prohibitive n'existe pas en droit français où le cumul de mandats, dans les limites légales et la pratique d'une activité particulière, même dans un sens antagonique à celle de la société, ne constitue pas en soi un motif d'incompatibilité pour le dirigeant (voir infra n°241 et s.)

dénoncée. En effet, bien que les grands groupes nationaux soient apparus à partir de 1970, et que le mouvement de concentration des entreprises ne cesse de croître¹⁴, on remarque qu'il y a une antinomie fondamentale entre ces groupes et le droit. Cette antinomie résulte du refus de reconnaître aux groupes une personnalité morale parallèle à celles de leurs membres, ce qui les exclut du droit en tant qu'entités juridiques unies, les traitant comme des sociétés distinctes. Une telle contradiction (à savoir la multiplication des groupes et l'insuffisance législative), justifie certainement l'abondance de la littérature juridique relative aux groupes de sociétés. Ces groupes n'ont, en effet, pas cessé d'être pris en compte par les juristes, de façon croissante, durant les cinquante dernières années. Les magistrats ont régulièrement l'occasion de se prononcer sur les aspects juridiques nouveaux des groupes de sociétés. Motivés par l'existence d'un intérêt commun aux sociétés du groupe, ils ont tenté d'harmoniser les relations entre droit et groupe en développant certaines solutions fondées sur les droits des sociétés et sur des théories de droit civil. À titre d'exemple, l'intérêt collectif inter-sociétaire a été retenu, dans bien des cas, pour écarter le délit d'abus de biens sociaux des dirigeants de la société mère ou d'une filiale, en cas de flux financiers dans le groupe. En revanche, l'absence de cet intérêt est considérée comme un juste motif pour sanctionner de nullité ou de peine les actions fautives de la société mère, ou pour établir la qualité de dirigeant de fait à celle-ci.

En raison d'une telle insuffisance de norme écrite, une importante partie du droit positif des groupes semble d'origine jurisprudentielle. En effet, traiter un groupe de sociétés revient à traiter d'une situation de fait pas toujours en phase avec le droit. Les tribunaux doivent circonscrire les effets issus de ce phénomène sans véritable source légale. Comme l'exprime *T. Gauthier* : «peut-être est-ce pour cette raison qu'il est probablement plus aisé d'approcher les groupes au travers de ce qu'ils font et non pour ce qu'ils sont ».¹⁵ C'est-à-dire qu'on n'a pas à se focaliser sur la qualification juridique du groupe sociétaire, car ce terme "groupe" n'a actuellement pas de définition juridique dans le droit des sociétés¹⁶, mais il faut analyser la composition interne de ce groupe, en tenant

14Selon une enquête faite par l'Institut National de la statistique et des études économiques (INSEE), il y avait en France dans l'année 1980: 627 micro- groupes, 383 petits, 223 moyens, et 73 grands. Les chiffres ont fortement augmenté durant les années suivantes : En 1995 il y avait 5259 micro-groupes, 1027 petits, 292 moyens et 84 grands groupes. Cependant en 2007, l'ensemble des groupes sociaux aboutit à 40455, dont 38561 micro-, 1413 petits, 387 moyens et 94 grands groupes. Selon une autre étude faite fin 2010 par le même institut, l'Etat français contrôle plus de 1 200 sociétés en France, qui emploient 791 900 salariés. Par rapport à 2009, le nombre de sociétés contrôlées par l'État progresse fortement de 270 unités, tandis que l'emploi dans les sociétés contrôlées par l'État augmente très légèrement (+ 0,3 %).

15 *T. Gauthier, Les dirigeants et les groupes de sociétés, Librairie de la Cour de cassation 2000, p. 9.*

16 Voir, *P. Didier, Le groupe entité juridique ? Rev. soc., 1996, p. 458.*

compte des liens de contrôle et les impacts qu'ils suscitent, tant sur les sociétés « contrôleuses » et leurs dirigeants, que sur celles contrôlées et leurs dirigeants. Nous verrons donc dans cette analyse que ces liens de contrôle sont toujours considérés comme la cause fondamentale de l'existence du groupe social, ainsi que le motif de toute responsabilité qui en est issue.

9. S'agissant des autres États de l'Union Européenne, il apparaît que la plupart des droits des groupes sociétaires, jusqu'à présent, n'ont qu'un caractère national. En effet, malgré l'unité économique de ces États, et le rôle primordial que les groupes y jouent, les disparités juridiques sont considérables dans le domaine sociétaire. Hormis l'Allemagne, le Royaume-Uni et le Portugal, qui ont organisé d'une manière détaillée les groupes de sociétés, les autres pays préfèrent encore laisser leurs groupes régis par le droit commun des sociétés et par d'autres branches plus particulières, comme le droit fiscal, le droit du travail, le droit de la concurrence, et le droit bancaire. Ainsi, ce n'est pas par négligence mais le plus souvent par choix délibéré que ces États membres de l'Union Européenne ont renoncé à établir un véritable régime légal en la matière. Ils pensent même que la nécessité d'avoir une réglementation légale se heurte à la possibilité de réglementer systématiquement des situations de fait disparates dans le cadre du droit des sociétés¹⁷. Par ailleurs, la jurisprudence indépendante dans tous les États membres de l'Union Européenne est également à même d'enrichir et d'apporter des variantes dans ce domaine et, ainsi, être capable de résoudre les problèmes qui peuvent se poser.

10. Toutefois, cette étude n'a pas vocation à approcher toutes les législations européennes inhérentes aux groupes de sociétés mais c'est une opportunité pour tenter de trouver une protection efficace aux créanciers des sociétés filiales contre les sociétés dominantes. Nous nous concentrerons donc sur les droits français et libyen, mettant en relief leur incapacité et leur insuffisance, ainsi qu'en proposant des solutions adéquates. Il s'agit de se demander si les règles générales existantes dans ces droits sont suffisamment protectrices des créanciers, ou s'il faudrait instaurer une loi, voire un Code particulier aux groupes. De même, étant donné l'importance grandissante que le législateur français accorde à ce domaine, il doit être souligné que la comparaison entre les deux droits n'est réalisable que dans un cadre très étroit. En effet, même si le droit libyen, civil et commercial, trouve son origine dans les grands Codes napoléoniens (Code civil de 1804 et

¹⁷ *Forum européen sur le droit des groupes de sociétés : un droit des groupes de sociétés pour l'Europe*, Rev. soc., 1999, p. 285 et s.

Code de commerce de 1807), les réformes qui lui sont apportées demeurent minimales et insignifiantes pour le droit des groupes puisqu'elles s'en tiennent fermement aux principes classiques fondés sur la notion de personnalité morale. L'objectif de cette étude ne consiste donc que en la mise en perspective de l'évolution législative et jurisprudentielle en droit français, afin d'en établir un régime commode pour la protection des créanciers des sociétés-filiales.

11. Il importe à cet égard de focaliser les efforts sur les règles générales de droit des sociétés dans ces deux pays, ainsi que sur les travaux doctrinaux et jurisprudentiels qui s'y rapportent. Le groupe sociétaire existe lorsqu'une société en contrôle une autre par le biais d'une détention d'une fraction majeure du capital ou des droits de vote de cette dernière, mais aussi en vertu d'un accord spécial conclu entre les deux sociétés. Ce contrôle, exercé sur la direction de la société contrôlée, ne peut occulter le fait que cette société dispose d'une personnalité morale distincte, et englobe, du coup, des intérêts particuliers qui ne sont pas obligatoirement indissociables de celui de l'associé contrôlant. Il est donc inévitable d'admettre l'opposition potentielle entre le droit et le fait. Il s'agit à la fois de la reconnaissance juridique des pouvoirs décisionnels de l'associé majoritaire, sans négliger d'autres catégories sociales ayant des intérêts particuliers à protéger (à savoir la minorité d'associés, les salariés, ainsi que les créanciers). En effet, autant il est indéniable de reconnaître que l'intérêt de la société réside souvent dans les orientations fixées par l'associé majoritaire (qui est le plus soucieux de la prospérité de son entreprise), autant il est nécessaire de ne pas méconnaître que lesdits intérêts particuliers doivent être respectés et que ce respect devrait procéder de la conformité de ces intérêts particuliers avec celui de la société. Il faut donc mettre l'accent sur l'intérêt social qui est le point commun entre les deux intérêts opposables. Et même dans l'hypothèse où la société fait partie d'un groupe, l'intérêt commun de celui-ci ne peut justifier le sacrifice de l'intérêt particulier de la société filiale qu'avec une contrepartie équitable revenant à cette dernière. Même dans ce cas, ce sacrifice n'est justifiable que sur le plan du droit pénal.

De ce fait, l'étendue de cette étude doit être déterminée par la protection des créanciers des sociétés filiales contre la société mère. Il s'agit en la matière des créanciers *lato sensu*, qui englobent tout à la fois les créanciers internes des filiales, ceux liés à ces dernières par des rapports de participation ou de travail, et des créanciers externes, ayant avec elles des liens contractuels ou extracontractuels occasionnels.

Le plan de recherche sera à cet égard divisé en deux parties :

1^{er} partie : la protection des créanciers internes de la filiale (les associés minoritaires et les salariés).

2^{ème} partie : la protection des créanciers externes de la filiale (les créanciers proprement dits).

12. Mais il semble important de clarifier au préalable la notion juridique de groupe de sociétés. En effet, protéger les créanciers dans cette structure complexe implique indéniablement de définir son contour et ses composantes. De ce fait, un chapitre préliminaire sera donc consacré à cette question primordiale.

Chapitre préliminaire : Notion de groupe de sociétés

13. D'une façon générale, le groupe de sociétés surgit à partir du moment où se dégage une certaine unité de direction et où l'influence dominante est exercée par des personnes autres que celles qui dirigent la société considérée comme dépendante.¹⁸ D'autre part, un groupe englobe forcément deux ou plusieurs sociétés¹⁹ différemment dénommées (mère, grande mère, holding, filiale, sous filiale, sœur...etc.) ; lesquelles pourront être d'une nationalité unique ou de nationalités différentes (groupe social national ou multinational)²⁰. En revanche, un groupe de sociétés ne peut être composé que de personnes morales. Pour une personne physique, même disposant d'une fraction majeure du capital ou des droits de vote d'autres sociétés, le groupe n'a pas vocation à être qualifié de « groupe de sociétés » en raison de l'absence de la société mère²¹. Il en va de même pour une société qui détient plusieurs succursales, agences ou fonds commerciaux, puisque ces branches, bien que représentant des entités économiques distinctes de la société détentrice, manquent de la personnalité juridique.

Toutefois, l'étude de la notion de groupe implique de définir en préalable le concept de « groupe de sociétés » *sui generi* (1^{ère} section) et de déterminer par la suite la périphérie de ce groupe (2^e section).

Section I : La définition de groupe de sociétés

14. Il convient de définir ce concept à propos, à la fois, des groupes de sociétés nationales et des groupes de sociétés multinationales. Dans le premier cas, le groupe englobe des sociétés revêtant les mêmes nationalités que celle de leur mère, et dans le second, le groupe rassemble des sociétés portant nationalités différentes de celle de leur mère.

Sous-section I : Le groupe de sociétés mono-national

15. En lisant le troisième chapitre du Code de commerce français intitulé " des filiales, des participations et des sociétés contrôlées" on constate l'absence d'une définition

18 P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés* 3^{ème} éd. 2009.

19 Voir aussi, D. Vidal, *Droit des sociétés* 6^{ème} éd, 2008, p. 97 : « les sociétés de groupe ont vocation naturelle à tisser entre elles des liens de participation, d'entraide, de domination, de solidarité, etc... donnant ainsi naissance à des groupes de sociétés qui peuvent réunir plusieurs dizaines ou plusieurs centaines de sociétés ».

20 Voir la thèse de A. Duet, *le gouvernement des groupe de sociétés, les relations entre propriété et pouvoir à l'épreuve des réalités de l'entreprise contemporaine*, 2007, université Pierre Mendès France-Grenoble II, p9 « Lorsque l'on évoque la notion de groupe, on pense assez spontanément à la grande multinationale, à la notoriété qu'elle commercialise, à sa vie boursière trépidante, à son cortège de recomposition... »

21 Cass, pourvoi n°02-13449, 10 déc. 2003.

juridique consacrée au groupe de sociétés²². Le législateur français n'a encore pas voulu régir cette notion par une loi spécifique²³, bien qu'il y eût déjà des tentatives parlementaires²⁴. Tel est aussi le cas pour le droit libyen qui ne donne aucune définition à cette structure, voire à ses entités regroupées²⁵. De plus, au plan méthodologique, certains auteurs ont rejeté la construction d'un droit du groupe, montrant à la fois qu'il ne s'agit pas, pour ce phénomène, d'un concept mais d'un ensemble de situations disparates et réfractaires à toute systématisation²⁶. Ils se persuadent, ainsi, que le traitement global résulte d'une organisation juridique lacunaire des groupes inversement proportionnelle à leur influence sur la scène économique et sociale²⁷.

22 C. Champaud, *Groupe de sociétés, session de contrôle, note sur cassation*, Rev. soc. 2008, n°32 p.28. Voir aussi : M. Cozian M. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, p. 654) qui affirment : «*paradoxalement, le Code de commerce ne traite pas en tant que tel le groupe de sociétés. Il contient seulement des dispositions éparées, les unes comptables, les autres relatives aux participations croisées, d'autres encore réglementant l'autocontrôle, mais de synthèse aucune. Cela fait dire à certains, à tort, que le droit français méconnaît le groupe de sociétés. En vérité, il ne l'ignore pas puisqu'il lui consacre plusieurs règles ; nous dirons plutôt qu'il ne contient aucune construction cohérente du groupe*». Parmi les auteurs qui voient l'absence d'une existence juridique du groupe de sociétés en droit français M. Pariente (*Le groupe de sociétés et la loi de 1966*, Rev. soc. 1996 p. 465) qui souligne : «*le législateur français préfère définir les filiales et participations sans même prononcer le mot "groupe". Ce qui était vrai en 1966 le reste aujourd'hui. Le groupe ne fait pas l'objet d'une reconnaissance juridique. Il n'acquiert pas la personnalité morale...*»

23 Cette volonté a été exprimée récemment par le Sénat français. Ainsi, selon le rapport législatif n°552, 2008-2009 présenté par D. Praye, L. Negre, B. Sido et D. Dubois, sur le projet de loi du 14 octobre 2009 portant engagement national pour l'environnement : «*La plupart des grandes entreprises sont aujourd'hui organisées selon le modèle de «groupe de sociétés» composé d'une société mère et d'une ou plusieurs filiales. Or, si les groupes de sociétés constituent des réalités économiques incontournables, et sont reconnus par certaines branches du droit, ils n'ont pas d'existence juridique propre en droit des sociétés. Ainsi, même si, en raison des liens capitalistiques qui les unissent, les différentes entités sont toutes soumises à la politique commune du groupe, seules les différentes sociétés qui composent le groupe sont dotées de la personnalité juridique et chaque entité constitue une personne morale juridiquement autonome*»

24 Projet de loi français sur les groupes, envisagé dans les années 1966 / 1960 ? sur le modèle allemand.

25 Cependant, il y a d'autres pays qui ont défini le groupe, ainsi la Tunisie par l'article 461 du Code des sociétés commerciales qui prévoit : «*le groupe de sociétés est un ensemble de sociétés ayant chacune sa responsabilité juridique, mais liées par des intérêts communs, en vertu desquels l'une d'elles, dite société mère, tient les autres sous son pouvoir de droit ou de fait et y exerce son contrôle, assurant ainsi une unité de décision*». Sur le plan communautaire, une définition a été élaborée par L'OHADA (Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique issu du secrétariat de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Acte adopté le 17 avril 1997). L'article 179 de cet acte prévoit qu'un groupe de sociétés est «*l'ensemble formée par une société unie entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres* ». Voir : WWW. Droit-Afrique.com.

26 Voir B. Grimonprez : *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, Rev soc 2009 p.715. Il fait référence à la recherche des Oppetit(B) et Sayag (A), *méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, rev. Soc. 1973. p. 577.

27 v. B. Grimonprez, *ibidem*. p. 577. Celui-ci signale : «*l'immense majorité des auteurs, hostile à la transparence du groupe, est au diapason. Toute idée de solidarité mère-filiale est selon la doctrine une limitation de la responsabilité à laquelle ont droit les associés de SARL ou SA. Puis vient le réquisitoire de type économique : s'attaquer aux structure de direction des groupe risque d'entraîner leur fuite à l'étranger-une autre fuite de cerveaux ! Façon d'avouer que l'attractivité d'un système juridique passe par l'immunité «diplomatique» réservée aux sociétés mère, françaises ou étrangères*». Cette idée semble avoir forte raison, puisque l'opinion contraire conduit, en vérité, à l'éradication des sociétés à risque limité en les métamorphosant, au sein du groupe, en sociétés à responsabilité illimitée. De plus, une telle suppression de la responsabilité limitée amène parfois à ce que la reconnaissance ponctuelle du groupe de sociétés dépasse l'objectif visé par le législateur, lequel ne réside pas forcément dans l'étendue de la responsabilité de la

Cependant, malgré cette lacune, le législateur français a reconnu et défini certains outils afférents aux groupes. Ainsi, dans ledit troisième chapitre, il prévoit les mécanismes produisant l'influence dominante dont les membres du groupe procèdent. Il a également évoqué et régi brièvement les sociétés faisant partie d'un groupe, telles que la filiale, sous filiale et la société mère. De même, la jurisprudence française n'hésite à reconnaître l'existence de fait du groupe en cas d'immixtion par la société mère dans la gestion de ses filiales. Cette ingérence peut déboucher soit sur une confusion de patrimoines, d'activités, d'intérêts ou de direction entre la filiale et sa mère ou une ou autre société du groupe, soit sur une fictivité de l'autonomie juridique de cette filiale. Elle a ainsi établi des notions et des théories différentes qui seront analysées au fil de cette étude.

16. En outre, sur le plan doctrinal, la notion de groupe de sociétés a fait, et fait encore, l'objet de démarches multiples. Nombreuses et assez diverses sont parfois les définitions qui y sont relatives. Leur diversité découle de la pénurie de législation, et du fait que les aspects légaux de ce phénomène portent en réalité sur des domaines juridiques, voire scientifiques, bien différents. D'où, en pratique, le constat que chaque auteur le définit à partir de sa discipline, et cela implique, *Henry Petit* le constate, l'impossibilité de rechercher une définition absolue et polyvalente²⁸. Ainsi, il n'est pas utile de suivre toutes les définitions proposées par la doctrine ou la jurisprudence mais il suffit d'en exposer l'élément essentiel, qui était ce point de thèse.

Rappelons au préalable que le groupe de sociétés est un type d'investissement qui vise aussi bien l'obtention, par la collectivité de sociétés membres, d'une grande croissance économique, que l'établissement d'une structure systématique protectrice. Les sociétés du groupe veulent en effet harmoniser deux choses contradictoires : conserver leurs personnalités morales (patrimoine et organes de décision propre) et être placées sous une direction économique unique, souvent une société holding, avec pour objectif d'y concentrer la prise de décision et de distribuer aux filiales leurs rôles opérationnels²⁹.

société filiale à sa mère, mais dans l'établissement des obligations à son encontre. Tel est le cas en droit du travail où l'organisation du groupe n'a pas pour but de faire subir à la société mère des obligations incombant à ses filiales à l'égard de leurs salariés, mais essentiellement pour l'obliger à constituer un comité du groupe.
28 *H. Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Helbing&Lichtenhahn, 1990, p.37.*

29 Dans ce sens *C. Champaud, (Groupe de sociétés. ISF. Notion de holding animatrice. RTD Com. 2007 p. 390.)* affirme que « tout l'art du management d'un groupe consiste, en effet, à instaurer un équilibre entre le respect de l'autonomie des filiales, qui procède du principe fondamental de la personnalité morale des sociétés qui composent le groupe, et le maintien de l'unité d'action économique qui est la raison d'être de ce groupe ».

Autrement dit, elles entendent à la fois que leurs frontières soient solides pour que chacune ne soit pas responsable au-delà de ses actes personnels et que certaines sociétés décident d'agir pour l'ensemble du groupe³⁰. Avec une telle volonté et en l'absence de législation, il semble difficile en l'occurrence d'établir une notion incluant tous les éléments constitutifs de ce phénomène, ce qui implique ainsi que nous abordions ce thème en nous appuyant sur l'autorité doctrinale et jurisprudentielle.

17. Commençons d'abord par la définition de groupe de sociétés selon le dictionnaire juridique français : il s'agit pour ce terme de « l'ensemble de sociétés juridiquement indépendantes, mais formant une même unité économique en raison de liens financiers étroits³¹ ». Cette définition marque deux caractéristiques primordiales du groupe : l'unité économique issue des liens capitalistiques intra-sociaux et la pluralité des sociétés membres du groupe³². Mais, malgré son évidence, elle ne donne qu'une image partielle au groupe, et reste ainsi ambiguë pour d'autres éléments que certains auteurs reconnaissent à ce phénomène, tels que celui des liens de subordination non-capitalistiques ou des liens intra-sociétaires indirects³³.

18. Par ailleurs, selon d'autres auteurs, le groupe de sociétés apparaît largement étendu.

30 D'ailleurs, la jurisprudence française reste, en principe, répondre ce désir des groupes de sociétés. Ainsi en est-il de l'arrêt «ELF» de la chambre commerciale de Cass du 26 mars 2008 : « (...) c'est à bon droit que la Cour d'appel a retenu qu'une société mère n'est pas tenue de financer sa filiale pour lui permettre de remplir ses obligations même si celle-ci est chargée d'un service public pouvant présenter un risque pour l'intérêt général. ».

31V. *Lexique des termes juridiques*, 2010, p. 361.

32Voir encore : la thèse de A. Duet, *Le gouvernement des groupes de sociétés*, op. cit., p. 10 : « le groupe peut être considéré comme un ensemble de sociétés, constitué d'une maison mère et de filiales. Plus précisément deux traits le caractérisent. En premier lieu, il existe des liens patrimoniaux entre les entités membres d'un groupe.(...) En deuxième lieu, dans le droit français des sociétés, filiale et maison mère restent des entités juridiques distinctes. Le groupe ne bénéficie pas d'un statut juridique d'ensemble » ; A-D Catel, *Le gouvernement des groupes de sociétés, les relations entre propriété et pouvoir à l'épreuve des relations de l'entreprise contemporaine*, thèse soutenue le 11 octobre 2007 à l'université de Pierre Mendès France-Grenoble. L'auteur écrit que « Le groupe se définit en premier lieu par un système de liaisons financières, de sorte que si une société détient une part suffisante du capital d'autre société, la première est appelée maison mère, les autres sont des filiales. ».

33 La même définition, voire plus brève, a été établie par d'autres auteurs, ainsi Y. Guyon dans son ouvrage « *Droit des affaires 2003*, n°580 », affirme que le groupe de sociétés peut être considéré comme « un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres, mais soumises à une unité de direction ». De son côté P. Merle (*droit commercial, sociétés commerciales* 10^{ème} éd, Dalloz 2005 n°641) estime que « le groupe de sociétés est l'ensemble des sociétés qui, tout en conservant leur existence juridique propre, se trouvent liées les unes aux autres, de sorte que l'une d'elles, la société mère, qui tient les autres sous sa dépendance, en fait ou en droit exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés dominées et fait prévaloir d'une unité de décision ». Pour Y. Guyon (*Rev .soc*, 1989, p.661) : « le groupe est un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais en fait soumises à une unité de décision économique » ; selon C. Hannoun (*Le droit et le groupe de sociétés*, Paris, MGDJ, 1991, pp 14-15, n°24 et p.112, n°146) « le groupe est un ensemble de sociétés, juridiquement distinctes, qui obéissent à une unité de direction ».

Ainsi, d'après *P. Didier*³⁴ un groupe de sociétés n'est pas seulement un ensemble de filiales directes, mais aussi de sous-filiales et de sociétés sœurs, lesquelles pourront être liées par des rapports financiers ou contractuels. Il s'agit pour ce groupe de « l'ensemble des sociétés soumises au contrôle, direct ou indirect, exclusif ou partagé, de certaines d'entre elles, placées elles-mêmes sous le contrôle de sociétés situées plus haut dans la hiérarchie du groupe, tout entier dominé par une société mère, souvent simple holding, appartenant à une famille, au domaine public, à l'État ou à d'autres groupes, le tout reposant principalement sur des structures de capital ». Cette construction intellectuelle a été partagée en effet par bon nombre d'auteurs français et égyptiens, dont *A. Charveriat*, qui définit ce groupe comme « l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre-elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite société mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision.³⁵ ». *H. Hind* présente dans sa thèse le groupe de sociétés comme un « ensemble des sociétés soumises au contrôle unique et durable d'une société mère qui l'exerce par l'acquisition d'une fraction de leur capital ou par des contrats d'affiliation, tels que les conventions de vote et les accords conclus avec d'autres associés. Ces contrats confèrent à la société mère l'exercice d'un pouvoir décisionnel au sein de son groupe qui fait apparaître les sociétés regroupées comme une entité cohérente. Elle pourrait également exercer un tel contrôle sur ses filiales par la désignation de ses propres dirigeants en leur conseil d'administration ou par la nomination d'autres personnes choisies par elle.»³⁶

34 *Droit commercial*, t.3, 1996, p. 513.

35A. *A. Charveriat, Partie juridique de Mémento pratique, Francis Lefebvre*, op. cit., p.17.

36 *H. Hind. La responsabilité de la société mère aux dettes de ses filiales*, 1997, P 30. On peut citer encore d'autres définitions d'auteurs égyptiennes, telle celle d'*Osman Abdualhakime, les sociétés et les regroupements dépourvus de la personnalité juridique*, 1995p.14. Il dit que le groupe de sociétés est « toute organisation collective composée de sociétés filiales caractérisées chacune par son statut juridique particulier et sa personnalité morale indépendante, et se réunissent ensemble en fonction des liens variés permettant à une société parmi elles, dénommée «société mère», de soumettre les autres sociétés à sa domination et d'exercer sur elles un contrôle, à fin d'unifier la décision au sein du groupe.». Selon *Sh. Gannam (La faillite internationale des groupes de sociétés multinationales – la responsabilité de la société mère étrangère aux dettes de ses filiales, Dar Al-Nahda Al-Ajadida, 2006 p. 9)*, pour donner une définition au groupe de sociétés, il faudrait prendre en compte la spécificité et l'ampleur des sociétés membres. On devrait ainsi indiquer le fait qu'elles sont incluses dans un groupe hiérarchisé, composé d'une société mère contrôlante et des sociétés filiales contrôlées, et qu'elles ont souvent vocation à étendre leurs champs d'activité au niveau mondial et dans des zones géographiques variées. Il faudrait également se rendre compte des rapports particuliers existant entre ces sociétés, lesquels mettent les filiales dans une situation incommode, caractérisée par l'indépendance juridique et les interdépendances économique et administrative. L'auteur a, dès lors, défini le groupe comme « un ensemble des sociétés qui sont, bien que juridiquement autonomes, sur le plan économique et administratif, liées par des rapports financiers et contractuels qui les soumettent au contrôle d'une seule société mère ou holding. Ces sociétés s'impliquent en effet dans une stratégie commune et unique, définie et impartie par la direction centrale de la société mère, pouvant être

Du même avis, *J-P. Le Gall* écrit dans un ouvrage³⁷ : « il s'agit pour le groupe de sociétés d'un ensemble constitué par plusieurs sociétés, qui ont chacune leur existence juridique propre et sont unies par divers liens (notamment suite à des prises de participation) en vertu desquels une société (dite mère) tient les autres sociétés du groupe sous sa dépendance et exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés, lui permettant ainsi de faire prévaloir une unité de décision³⁸ ».

19. De plus, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait aussi défini le groupe de sociétés en déclarant que « le groupe de sociétés à objet commercial et financier est formé par une société dominante et par des sociétés qui dépendent étroitement d'elle, dans un intérêt commun, peu importe les formes juridiques extérieures de la société dominante³⁹. Le groupe doit cependant être constitué des sociétés qui existent juridiquement⁴⁰ ». Plus récemment, la Cour d'appel de Douai⁴¹ a eu l'occasion de déclarer que la notion de groupe de sociétés « implique d'une part l'existence, entre ses membres, de relations croisées prenant la forme de liens financiers étroits, de liaisons économiques privilégiées et de rapports commerciaux préférentiels, d'autre part un contrôle d'ensemble, une unité de décision et une stratégie commune impulsée par la société mère ».

À partir de ces définitions, il convient d'émettre quelques remarques :

- En premier lieu, les définitions précitées mettent en évidence l'opposition brutale entre la situation de droit qui réside dans l'autonomie des sociétés et celle de fait procédant de

exécutée au niveau mondial dans différents pays».

37 *J-P Le Gall, Droit des sociétés- groupe de sociétés* 2004, p. 45.

38 Voir aussi le mémoire de Marcelle Mbala, *Les conventions intra-groupe de sociétés*, publié sur le site de l'Université de droit et de la santé-Lille 2, 2004-2005 p.7. Elle a défini le groupe de sociétés comme « un ensemble de structure autonome, soumis en raison de l'exercice d'un contrôle ou par la volonté de collaboration, à une unité de direction en vue de la réalisation d'un objet commun. Le groupe de société s'apparente à un système dont le moteur est la recherche d'un effet de synergie, doublé d'une émulation entre les différentes structures, tendant à la satisfaction des intérêts du tout et de chaque entité. En droit français il ne possède pas la personnalité juridique, à la différence des sociétés qui le composent ». Selon M. Pariente (*Les actionnaires des sociétés liées du groupe*, *Rev soc*, 1999 p.805), le groupe de sociétés est défini comme « une entité économique à l'intérieur de laquelle des sociétés juridiquement autonomes se trouvent sous le contrôle de fait ou de droit de l'une d'entre elles, la société mère. Cette dernière a comme objectif de faire prévaloir une unité de décision dans un intérêt commun au groupe ». Quant à P. Billion (*op. cit.*, p.14), il s'agit pour le groupe de sociétés « d'un ensemble constitué par plusieurs sociétés ayant chacune sa propre existence juridique, mais unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite société mère, qui tient les autres sous sa dépendance exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir un unité de gestion ».

39 *Cass. crim*, 27 juin 1972, n° 72-91. 608. *G* 1973, II, n° 17335.

40 *Cass. crim*, 22 juin 1999, n° 98-13. 611. *bull. Joly* 1999, p. 978.

41 *CA. Douai*, ch. 02 SECT. 02, 19 sept. 2012, n° 07/01415.

l'unité économique qui donne lieu à une centralisation du pouvoir de décision⁴². Le lien d'interdépendance et la direction unique sont considérés comme les indices les plus caractéristiques de la notion du groupe de sociétés⁴³. En général, la société mère, tête de groupe, détient le contrôle sur ses filiales qui pourront de leurs côtés détenir les unes sur les autres des participations plus ou moins importantes. Cette situation induit, par voie de conséquence, deux performances contradictoires dans le même ensemble, à savoir l'indépendance juridique⁴⁴ et la dépendance financière et économique⁴⁵. Une telle opposition peut néanmoins être comprise et justifiée, comme l'explique C. Champaud⁴⁶, par le but initial du groupe de sociétés : « la répartition des ressources et des activités entre des entités juridiques qui conservent leur autonomie patrimoniale, tout en s'inscrivant dans un système de décision économique d'ensemble du groupe ». Ce système économique uni pourrait, selon la Cour de cassation française, établir, en vertu d'une convention passée entre la société mère et ses filiales, une obligation pesant sur les dirigeants de ces dernières laquelle leur enjoint d'agir au sein de leurs postes en respectant la politique générale du groupe, définie seulement et exclusivement par la société mère⁴⁷.

42 Voir aussi : R. Azzi (*L'unité économique dans les groupes de sociétés, concept et effets économiques, mémoire en ligne*, p. 3. Il estime que : « L'unité économique et la pluralité juridique coexistent dans les groupes. Leur interaction nous offrent ainsi une nouvelle série de problèmes à résoudre et une nouvelle série d'intérêts à protéger »; selon J. Paillusseau (*La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques. D. 2003., p.2350*), « dans de très nombreuses situations, il peut y avoir une contradiction fondamentale entre l'indépendance juridique de la société (société contrôlée) – qui peut n'être que formelle – et sa dépendance économique – qui peut être bien réelle – à l'égard d'une autre société (la société contrôlante ou contrôlaire) ou d'un groupe de sociétés ».

43 « Si l'existence du groupe est évidemment une réalité incontestable, force est de constater que le législateur ne leur a toujours pas octroyé la personnalité juridique ». V. L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence*, ouvrage précité, p. 49. Voir aussi Cass. Com 12 avr. 1996 : JCP E, 1997, II, 1031 : « attendu qu'en statuant ainsi, alors que, un groupe de sociétés étant dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter... ».

44 Dans un arrêt rendu le 11 sept. 2012 (Cass. com. 11-17.458), la Cour de cassation a rappelé ce principe en affirmant que « sauf confusion des patrimoines ou fictivité de la société, l'autonomie de la personne juridique fait obstacle à ce qu'une personne morale ait à répondre sur son patrimoine des faits d'une autre personne morale du même groupe à ce seul motif ».

45 Cette antagonisme est également marqué par le fait que le groupe de sociétés, quoi que constituant une entité économique distincte, ne dispose d'aucune personnalité morale. Comme l'explique A. Duet dans sa thèse (op. cit., p.14), « la primauté est donnée à la personnalité de chacune des entités : les firmes membres demeurent donc des entités juridiques indépendantes ». Cette situation maléfique pourrait affecter les droits des créanciers des sociétés filiales, qui ne peuvent, en principe, réclamer leurs créances qu'à l'encontre de celles-ci. Dans ce sens écrivent P. Le Cannu et B. Dondero, (*Haro sur le groupe de sociétés?*, RTD Com. 2009. p. 759) que « Il est vrai qu'il semble choquant que le créancier d'une entreprise ne puisse obtenir satisfaction, simplement parce que cette entreprise est un groupe de sociétés, qu'il voit son patrimoine fractionné entre plusieurs, et que notre créancier n'a pas la chance d'avoir pour débiteur, parmi les sociétés du groupe, l'une de celle qui sont solvables ».

46 C. Champaud, *Responsabilité de la société mère aux dettes de sa filiale*, RTD com 2008 p. 576.

47 V. Cass. com. 8 févr. 2005. Il s'agit dans cette affaire d'un contrat d'assistant administratif et comptable passé entre une holding et deux filiales. Ce contrat prévoit que « les organes dirigeants des sociétés filiales devront respecter la politique générale du groupe définie seule et exclusivement par la société holding ». La Cour de cassation, pour raison de dénaturation, a infirmé la décision de la Cour d'appel de Dijon qui avait

20. D'autre part, les définitions mentionnées soumettent le groupe de sociétés à plusieurs caractéristiques. Elles emploient d'abord le terme d'«ensemble de sociétés» au lieu d'« ensemble d'entreprises ou de personnes », ce qui exclut d'autres entités jouissant ou non de la personnalité juridique. Une personne physique, bien que détentrice d'une fraction majeure du capital de plusieurs sociétés, ne peut constituer un groupe⁴⁸. De plus, une entreprise n'ayant pas la qualité de "société personne morale" n'a pas vocation à constituer un groupe de sociétés⁴⁹. Cela indique, en réalité, que le groupe d'entreprises, notion économique par excellence, semble beaucoup plus large que la notion de « groupe de sociétés ». Cette différence provient, en effet, de la nature technique de chaque groupe. Le groupe de sociétés est une sorte de polyèdre dont les côtés se relèvent et s'éclairent respectivement au gré des disciplines à la lumière desquelles ils sont examinés⁵⁰. Le groupe d'entreprises, lui, est une organisation économique et humaine dont les composantes ont des aspects s'avérant évolutifs par rapport au concept classique de « personne juridique »⁵¹. Les lois reconnaissant ces groupes ne se concentrent guère sur les formes légales des entités membres du groupe, mais sur leur unité économique.

Toutefois, on observe que la plupart des grandes entreprises sont organisées sous forme de groupe de sociétés : une société mère se trouve à la tête d'une série de plus ou moins longue de filiales, sur lesquelles elle exerce le contrôle⁵².

considéré une telle convention comme insuffisante pour attribuer la qualité d'animateur des filiales à la société holding.

48 Voir en ce sens, *Cass. com. n°2-13449 du 10 déc. 2003*. Le groupe contrôlé par la (les) même(s) personne(s) est dénommé «groupe personnel». De plus, les sociétés détenues par une ou plusieurs personnes physiques sont appelées un groupe personnel. Selon A. ATIBACK, *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, 2006, p. 43) il s'agit pour ce groupe «d'un ensemble de sociétés dont l'unité de direction résulte uniquement d'une communauté de dirigeants».

49 Est ainsi exclue, toute société dépourvue de la personnalité juridique, telles les sociétés non immatriculées, à savoir la société en participation, en formation, en voie d'immatriculation et celle créée de fait. Faute de personnalité morale, les participations inscrites par leurs dirigeants dans le capital d'autres sociétés immatriculées, même majeures, ne peuvent attribuer la qualité de filiales à celles-ci, ni de mère à la société non immatriculée. Elles sont considérées comme présentées par les associés. Voir en ce sens, M. Germain et J-P. Legros, *Travaux dirigés de droit des sociétés*, 7^e éd, Litec 2006 p5 et s. Voir notre mémoire de master, *Les aspects juridiques des sociétés holdings, étude en droit libyen, présenté et soutenu à l'université de Tripoli- Libye le 23 mai 2003*, p.78. Voir aussi, *Cass. crim, 22 juin 1999, n° 98-13. 611. bull. Joly 1999, p. 978*.

50M. Mabala, *op. cit.*, p. 9.

51« L'entreprise et la société sont deux choses fondamentalement distinctes. La première est une organisation économique et humaine. Elle n'est pas une notion juridique, mais une notion économique et sociale, la seconde étant une notion juridique au service de la première, permettant de faire accéder l'entreprise à la vie juridique, et permettant également de l'organiser» ; J. Paillusseau, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCPE1984, II, n°14193; JCP1984, I, n°3148 ; JCPN, 1985, I, p.263.

52 Y. Chaput, *Les dirigeants de société responsables, approche belge concernant la responsabilité des dirigeants d'un groupe de sociétés*, Mémoire, Sorbonne-ParisI, année 2004-2005, p. 3.

21. Par ailleurs, lier le contrôle à la structure du capital implique, *a priori*, que ce contrôle soumettant les sous filiales aux filiales et celles-ci à la société mère, soit, en principe, un contrôle financier issu de la détention d'une fraction du capital social des filiales⁵³. Il peut être fondé sur des relations capitalistiques directes ou indirectes entre les sociétés liées. Ainsi, une sous filiale est considérée comme étant membre du groupe, quand bien même serait-elle éloignée de la société mère⁵⁴.

En deuxième lieu, d'après lesdites définitions, on souligne que les auteurs laissent, aux liens non capitalistiques constitutifs l'influence dominante, une certaine marge de manœuvre à la création du groupe⁵⁵. En effet, bien qu'il paraisse difficile d'avoir un contrôle en dehors de ces liens, il existe en pratique des instruments contractuels et institutionnels entraînant les mêmes effets de subordination, et qui ne semblent d'ailleurs pas illicites⁵⁶ (C. com 2°, I, III art L.233-3)⁵⁷. Ces instruments de contrôle peuvent être de types différents, tel le contrat de location-gérance des activités conférant à un ou plusieurs créanciers d'une société le contrôle de la gestion et des ressources de cette société alors même qu'aucune cession des droits de propriété ou d'action n'a été effectuée. De surcroît,

53 De son côté, la Cour de cassation dans maints arrêts exige pour exonérer les dirigeants du groupe du délit d'abus des biens sociaux d'établir l'existence d'une structure solide du groupe de sociétés, construite autour des liens financiers réels. Voir à titre d'exemple : *Cass. crim* 22 janv. 2003, *pourvoi n°02-81.151*, *arrêt n°435* (où la Cour constate l'absence de liens structurels entre les sociétés prétendues groupe); *Cass. crim.* 19 mai 1999, *pourvoi n°97-86,648*, *arrêt n°2127* (constatant également l'absence de politique commune et de compte social consolidé) ; *Cass. crim.*, 24 févr. 1999, *pourvoi n°97-85.410*, *arrêt n°228* (constatant l'absence de structure organisée, de centre directionnel, de politique et de stratégie commune).

54 C'est, en effet, ce que prévoit l'article L.233-4 du Code de commerce aux termes duquel : « toute participation au capital même inférieur à 10% détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société ».

55 Voir aussi M-Z Algado (*Droit des sociétés* 2008 p. 280), « dans certains cas la création de ces groupes est fondée sur des liens contractuels, tels les accords de collaboration existant entre différentes sociétés ». S'inspirant de la même idée J-P Le Gall, (*Droit des sociétés, groupe de sociétés* 2004, p. 45) a souligné en ce sens que « il s'agit pour le groupe de sociétés d'un ensemble constitué par plusieurs sociétés, qui ont chacune leur existence juridique propre, et sont unies par divers liens (notamment suite à des prises de participation) en vertu desquels une société (société mère) tient les autres sociétés de groupe sous sa dépendance et exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés, lui permettant ainsi de faire prévaloir une unité de décision ».

56 D. Vidal, (*Droit des sociétés*, 6^{ème} éd 2008) a évoqué ces mécanismes contractuels en définissant le groupe de sociétés comme un « ensemble de sociétés, lesquelles présentent des structures juridiques distinctes, mais sont liées par des participations ou des relations contractuelles qui leur confèrent une certaine interdépendance économique ou financière qui peut se manifester par l'existence d'un pouvoir de décision unique, prépondérant ou partagé, extérieur à plusieurs de celles-ci et propre à l'ensemble du groupe ».

57 Aux termes de l'article 233-3-I « une société est considérée comme en contrôlant une autre : 2° lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; III- pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elle déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ». Voir aussi l'article 121-2 du Code de commerce libyen « une société est considérée comme contrôlée par une autre lorsque la société contrôleuse en dispose d'une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans son assemblée générale ordinaire, ou lorsqu'elle est contrôlée en vertu des clauses restrictives prescrites dans un contrat particulier qu'elle a conclu avec la société contrôleuse ».

un contrat de distribution pourrait être susceptible de conférer à son titulaire une influence déterminante de la tête du groupe sur l'adhérent⁵⁸. S'ajoute également la société holding, considérée par la jurisprudence comme un outil légal pour la direction de portefeuilles de titres sociaux qui lui sont attribués par des associés d'une ou de plusieurs autres sociétés. Cet instrument conduit à la dissociation entre les droits de vote et les droits financiers portant sur les mêmes titres. La société holding dispose, par le biais des droits de vote, du contrôle de la société filiale, bien qu'elle ne détienne déjà aucune participation dans son capital.

22. De ce fait, comme l'avait exprimé *P. Maggy*⁵⁹, il vaut mieux définir le groupe de sociétés de la manière la plus large possible dans l'espoir qu'il ait des chances de traverser les siècles. Ainsi, peut être considéré comme « groupe » « toute entité économique regroupant deux ou plusieurs sociétés lesquelles, jouissant de leurs personnalités morales, ont un intérêt commun supérieur à celui particulier à chacune et sont soumises au contrôle d'une seule société mère tête du groupe. Ce contrôle se concrétise dans le pouvoir de la prise de décision au sein de la filiale, qui est issu de la détention d'une fraction du capital ou des droits de vote de celle-ci, du pouvoir de la nomination de la majorité de ses organes sociaux, ainsi que de tout autre instrument produisant les mêmes effets ».

Sous-section II : Le groupe de sociétés multinationales

Il importe d'abord de définir le concept de "groupe de sociétés multinationales" et de faire ensuite la différence entre ce concept et celui de société internationale.

I- Définition de groupe de sociétés multinationales

23. Reconnaissons d'abord que les principes du droit des sociétés, tels qu'ils sont développés dans la plupart des pays, considèrent les sociétés comme des personnes juridiques indépendantes disposant chacune d'une seule nationalité, celle de leur Etat. Or les Etats ont adopté des législations, des réglementations et des pratiques différentes et parfois contradictoires. Il advient parfois que plusieurs lois de pays différents puissent être discordantes sur la nationalité d'une personne donnée, ce qui pourrait déboucher sur la condition plurinationale de cette personne. Mais ce ne sont que des cas spéciaux, et le principe prépondérant reste que chaque personne ne dispose que d'une seule nationalité.

58 Voir *P. Wilhelm et F. Viver, La notion de concentration en droit interne et communautaire : Tentative de définition, Rev. Jur., n° 11, nov. 2007.*

59 *M. Pariente, op. cit., p.468.*

24. La question qui se pose en l'occurrence est de savoir si le groupe de sociétés ou d'entreprises multinationales fait partie de cette situation exceptionnelle, et s'il représente ainsi l'exercice d'un état juridique connu dans la doctrine et la jurisprudence du droit international privé. La réponse à cette question doit certainement être négative. En effet, bien que le problème de la pluralité nationale puisse survenir pour les sociétés à l'occasion de l'exercice de leurs activités au niveau mondial, il n'explique cependant pas la réalité des sociétés multinationales, car on ne se trouve pas en l'occurrence devant un conflit entre plusieurs lois étatiques portant sur une seule société, mais en présence d'une grande entreprise composée de nombre de sociétés disposant chacune de sa nationalité propre mais différente d'autres sociétés de son groupe⁶⁰. Ainsi, comme le fait observer H. Issa⁶¹, l'expression de "société multinationale" n'apparaît pas assez rigoureuse d'un point de vue juridique, puisqu'elle fait penser, au premier abord, à l'existence d'une seule société plurinationale, alors qu'on est en fait en présence de plusieurs sociétés indépendantes, travaillant dans des pays différents. Chacune de ces sociétés jouit de sa nationalité propre tandis que l'ensemble est réuni sous la direction d'une seule société contrôleuse. L'auteur préfère l'expression de "groupe de sociétés multinationales" ou celle "d'entreprise multinationale". En effet, dans le premier cas on parle de la réalité juridique de ce phénomène, c'est à dire de l'existence de plusieurs filiales regroupées autour d'une seule société mère, et que chacune ou certaines d'elles disposent d'une nationalité distincte. Cependant dans le second cas, l'expression d'entreprise multinationale représente les côtés économiques de cette situation. Soit, plusieurs entités, juridiquement distinctes, ayant des nationalités différentes, mais en réalité, soumises au même contrôle économique, financier et administratif de l'entreprise mère. Autrement dit, c'est une grande entreprise étendue au niveau mondial de manière à ce qu'elle jouisse de plusieurs nationalités.

Toutefois, la raison fondamentale de l'existence de ce phénomène réside essentiellement dans la mondialisation économique que l'on connaissait – et connaît encore – depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. Or les sociétés en général, et celles anonymes en particulier, ont vécu un grand déploiement transnational. Leurs activités ont dépassé les cadres territoriaux de leurs pays en prenant une caractéristique économique multinationale. Ce déploiement mondial se justifie en effet par deux facteurs. D'une part,

60 Voir en ce sens, *Elliot I. Klayman, John W. Bagby et Nan S. Ellis, Irwin's business law, concepts analysis, perspectives, 1994, p. 1133 "MNEs (the multinationals enterprises) are not creature of international law and, currently, only national law controls them."*

61 V, *H. Issa, op. cit., p. 56 et s.*

les sociétés veulent accroître leur rentabilité en bénéficiant de certains avantages existant à l'étranger, guère disponibles dans leurs pays, comme l'abondance des mains-d'œuvre abordables, la variété des matières premières, la compatibilité des régimes fiscaux, etc. D'autre part, les pays d'accueil, motivés par leurs exigences en matière de technologies, de capitaux et de moyens pour endiguer le chômage, ne cessent d'accorder aux grandes firmes étrangères des privilèges variés afin de les encourager à investir sur leurs territoires.

25. Toutefois, force est de constater que la "multinationalité" sociétaire résulte essentiellement de l'implantation par la société mère ou par ses filiales des sociétés-filiales à l'étranger, lesquelles sont intégrées dans l'activité entière du groupe, et travaillent à dominer le marché international par leurs productions⁶². De cette manière, un groupe de sociétés multinationales peut être défini comme l'ensemble des sociétés opérant sous un régime de propriété ou de contrôle commun et dont les membres sont constitués conformément à la loi de plusieurs Etats⁶³. De façon générale, les membres du groupe de sociétés opèrent sous des marques de commerce ou des raisons sociales communes ou liées, et produisent ou distribuent des produits ou des services communs ou liés. Un groupe multinational peut apparaître aux yeux du public comme étant principalement liée à un état déterminé dans lequel la société mère a son siège.

26. Pour autant, la direction du groupe multinational peut être hiérarchisée ou décentralisée. Dans le premier cas, la société-mère répartit entre ses filiales et sous-filiales les missions opérationnelles, tout en concentrant dans son conseil d'administration les pouvoirs de décision afférents au groupe en entier. Chacune de ces sociétés n'exerce qu'un rôle complémentaire et spécifique dans le groupe. Elle ne détient ainsi aucun contrôle sur l'opération globale de la production qui reste organisée et dominée par la direction centrale de la société mère. Autrement dit, chaque entité du groupe multinational dispose de sa valeur économique en tant que maillon dans une chaîne connectée au niveau international, maîtrisée par le capital contrôlant la société mère. Elle ne peut en principe réaliser de nouveaux investissements sans l'autorisation préalable de la direction centrale de la société

62 Z. Al-Shaarawy, *Nationalité des sociétés commerciales (société anonyme)*, Dar Al- Nahda Al-Arabia, 1989., p. 17.

63 Voir, Elliot I. Klayman, John W. Bagby et Nan S. Ellis, *préc.*, p.1133 "A multinational enterprise (MNE) is a business enterprise with several unique traits. First, the business operates some commercial enterprise – for example, a subsidiary, a branch, or an unincorporated association – in two or more countries. Second, there is common ownership of the enterprises through some stock or contractual linkage. Third, the entire organization has a common purpose that is achieved through its overall management. Within this broad definition, one can place such corporate giants as IBM, General Electric, and McDonald's, as well as corporate midgets operating a single foreign subsidiary..."

mère. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une direction décentralisée ou bien d'un groupe à structure horizontale, les sociétés regroupées jouissent individuellement d'une certaine indépendance économique et administrative par rapport à la société mère. Elles sont des sociétés sœurs n'ayant aucun rapport juridique direct entre elles, et dont la constitution ne vise pas en réalité l'exercice d'un rôle spécifique et complémentaire dans le groupe, mais l'étendue géographique de son activité en vue de faire profiter la société mère des avantages inhérents aux pays d'accueil. De là, on constate que les filiales, en l'occurrence, sont autant attachées à l'intérêt de la société mère qu'aux intérêts de ces pays.

27. Par ailleurs, les filiales à l'étranger sont souvent des filiales communes, c'est à dire qu'elles englobent des participations des associés publics ou privés des pays d'accueil. Cela est assez remarqué lorsqu'il s'agit des filiales opérant dans des domaines considérés par leur pays d'accueil comme stratégiques, ainsi le domaine pétrolier. Cependant, si tant est qu'il existe des associés extérieurs à l'entreprise multinationale, on constate, malgré tout, l'existence d'une caractéristique essentielle de cette entreprise qui réside dans la non-dispersion des actions des sociétés regroupées. Cette caractéristique confère d'ailleurs à la société mère une grande puissance pour contrôler ses filiales.

II- La différence entre le groupe multinational et la société internationale

28. La notion de groupes de sociétés multinationales ne devrait pas se confondre avec celle de "société internationale". La différence entre ces deux concepts réside sous deux angles essentiels : l'un juridique, l'autre physique. Du côté juridique, la société internationale se crée toujours par un traité ou un accord entre deux ou plusieurs Etats. En revanche, le groupe de sociétés multinationales est constitué par un ensemble de sociétés, qui sont tout à la fois : indépendantes, avec des nationalités différentes, et soumises au contrôle d'une société mère. Du côté matériel, le déploiement mondial des éléments constitutifs de la société internationale n'induit pas de pluralité systématique pour cette société. En effet, ces éléments ne concernent pas la structure juridique de cette société, qui reste unie, mais seulement son cadre physique. A l'inverse pour le groupe multinational, ses composantes sont toujours complétées par une pluralité juridique de leurs institutions. Chacune des sociétés membres du groupe jouit de sa personnalité propre et ainsi de tous les effets qui en découlent, dont bien sûr la nationalité distincte. Néanmoins, les différences juridiques entre ces deux phénomènes ne peuvent en fait empêcher la société internationale d'exercer son activité à l'étranger, en adoptant la forme d'une société privée. Ce choix la

qualifiera en l'occurrence de "groupe de sociétés multinationales".

Section II : Les entités composant le groupe de sociétés

29. Les groupes de sociétés peuvent être des structures simples ou très complexes, avec de nombreuses filiales en propriété exclusive ou partielle, filiales d'exploitation, sous-filiales, holdings, sous-holdings, sociétés de service, sociétés inactives. Ils peuvent aussi, surtout en cas de groupes multinationaux, comprendre d'autres types d'entités juridiques inconnues dans certains pays du même groupe, ainsi des fiducies, des sociétés unipersonnelles, des partenariats. Les sociétés du même groupe peuvent circonscrire leurs activités communes au pays de la société mère et constitueront ainsi des groupes nationaux soumis au droit de ce pays. Elles ont aussi vocation à en sortir en profitant des particularités avantageuses dans d'autres Etats étrangers, telles que des lois encourageant l'investissement, du coût abordable de l'emploi et des matériaux premiers, d'une administration technocratique et non bureaucratique... En l'occurrence, le groupe de sociétés pourra être qualifié de «multinational» et se soumettre à des systèmes juridiques diversifiés ; lesquels compliquent encore son étude et sa réglementation.

30. D'autre part, les groupes de sociétés peuvent avoir une structure hiérarchique ou verticale dont le cadre s'avère structuré en interposant différentes sociétés, à savoir une arrière-grand-mère, une grand-mère, une mère, des holdings, des sous-holdings, des filiales, des sous-filiales. Ils peuvent aussi avoir une structure horizontale et être constituées de nombreuses sociétés sœurs et "cousines" ayant des rapports directs avec la société mère avec des participations croisées entre elles. Les sociétés du groupe sont également en mesure d'exercer leurs activités dans un secteur apparenté leur conférant des rôles complémentaires, ou être seulement liées à la société mère sans avoir de rapports entre les filiales.

En tout état de cause, pour qu'il existe un groupe de sociétés, il faut qu'il y ait, au moins, deux sociétés (mère et filiale). Mais ce groupe est toujours à même de tisser des liens de participation, d'entraide, de domination ou de solidarité, qui donnent naissance à plusieurs dizaines ou plusieurs centaines de sociétés : sous-filiale, holding, sous-holding... Il convient à cet égard de définir chaque entité en clarifiant *au fur et à mesure* les règles juridiques y afférentes.

Sous-section I : La société mère

31. Certains auteurs⁶⁴ considèrent l'expression de "société mère" comme ambiguë et imprécise dans le domaine des sociétés car son emprunt au droit de la famille et son emploi ici ne sont que de vaines tentatives abusives établies dans le passé par la doctrine en vue de rapprocher les personnes morales de celles physiques. De surcroît, l'emploi de cette expression dans le domaine des sociétés insinue, en fait, qu'il y ait une "relation maternelle" entre deux sociétés, ce qui nécessite indéniablement la participation de l'une (mère) à la création de l'autre (filiale), alors que l'élément essentiel de l'existence du groupe de sociétés réside dans le fait que l'une contrôle l'autre, peu importe si la société contrôlante avait constitué sa filiale ou non. Ainsi, cette doctrine suggère de remplacer l'expression de "société mère" par celle de "société contrôleuse", dite aussi "société contrôlaire" ou "société contrôlante". Il s'agit ainsi pour illustrer ce terme, de toute société dominant une autre par l'intermédiaire de la détention d'une fraction de son capital. Cependant, il n'en reste pas moins que le terme de "société mère" demeure attaché uniquement à la société qui crée et contrôle une autre. Il nous semble néanmoins préférable de maintenir l'expression de « société mère », du fait de sa prépondérance dans la doctrine et la jurisprudence, mais en donnant également la même valeur à celui de société "contrôleuse" (dite aussi "contrôlaire" ou "contrôlante"). Il n'est pas nécessaire pour considérer une société comme mère qu'elle constitue sa filiale : il suffit qu'elle la contrôle par une participation majoritaire dans son capital.

32. Toutefois, ce sont les rapports de contrôle qui s'avèrent les plus délicats à aborder. En effet, lorsqu'on parle d'une société mère, on pense forcément au groupe de sociétés en entier car l'existence de celui-ci procède en réalité des rapports économiques et contractuels entre les sociétés membres dont la mère est l'auteur. L'approche de cette société ne porte pas vraiment sur sa forme sociale comme dans le cas d'une société commerciale ou civile, car la société mère n'est pas prise en considération en fonction de sa forme juridique mais de son pouvoir de domination. Sa forme juridique pourrait bien entendu jouir d'une certaine importance pour déterminer la portée de la responsabilité de ses associés à l'égard de ses créancières propres mais non pour son être juridique ou celui de ses filiales. Par conséquent, une société associée ne sera qualifiée de «mère» qu'en considération de sa participation par rapport aux seuils fixés par la loi pour l'octroi de cette

⁶⁴ Voir, H. Issa, *les sociétés multinationales*, op. cit., p. 54.

qualité. Et lorsqu'elle possède cette participation, elle ne sera pas responsable des dettes de ses filiales que selon leurs formes juridiques, non de la sienne.

Il est ainsi établi que la société mère n'est plus une théorie doctrinale ou jurisprudentielle : c'est une réalité juridique qui ne pourrait exister qu'en fonction d'éléments légaux bien précisés. Dès lors, nous analyserons ces éléments en les divisant en deux points essentiels :

L'existence d'une société personne juridique (I)

L'existence d'une société mère ou contrôleuse (II).

I- Une société personne juridique

33. Avant qu'elle soit contrôleuse, la société mère devait avoir la qualité de personne morale, qui n'est attribuable qu'à dater de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (C. com. art 210-6 / C. com. lib. art. 25). Une société en formation, même holding, n'a aucune vocation, à défaut d'immatriculation, à détenir cette qualité. En droit français, les personnes qui agissent pour cette société en vue de lui faire acquérir des participations au capital d'autres sociétés devront respecter la procédure de reprise des engagements si les actes ont été accomplis avant l'immatriculation⁶⁵.

Pour autant, l'engagement passé par l'associé pour le compte de la société en formation peut être ratifié par un mandat donné par les associés avant l'immatriculation de cette société. Ce mandat emporte reprise de ces engagements par la société après l'immatriculation. Du reste, selon la Cour de cassation⁶⁶ un mandat postérieur à l'engagement peut être donné, dans les statuts ou par un acte séparé, à un futur associé ou au gérant non associé. Si ce mandat est suffisamment précis dans son objet, l'immatriculation de la société emportera d'office la reprise des engagements, sous réserve que le mandataire ait déclaré agir au nom et pour le compte de la société en formation. Cette solution est transposable, selon *J-P. Legros*, pour toutes les sociétés en formation sur le fondement de l'article 1998 du Code civil, qui prévoit que le mandat n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà des pouvoirs du mandataire qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. La ratification vise tout acte par lequel une personne fait siens les engagements pris par une autre dépourvue de pouvoir⁶⁷.

65V. *M. Germain et J-P. Legros, op. cit., p. 2.*

66 *Cass. com. 1^{er} juill. 2008.*

67 *J-P Legros, Reprise d'un acte d'une société en formation, note sous cass. (com) 1^{er} juill. 2008, Valax c/ Perche, Rev. soc. 2009, p. 323.*

34. Par ailleurs, la règle en droit libyen semble assez similaire après l'entrée en vigueur du nouveau Code de commerce qui établit sur ce point une règle générale à toutes les sociétés en formation nonobstant leurs formes. En effet, selon l'article 25-2 de ce Code, la société en formation peut, dès son immatriculation au registre du commerce, décider de la reprise des actes passés par ses fondateurs à l'occasion de sa constitution. On peut émettre en l'espèce deux observations : d'une part, cet article n'a pas identifié l'autorité sociale compétente pour prendre une telle décision, c'est-à-dire : l'assemblée générale ou les dirigeants. D'autre part, la reprise des actes n'est pas automatique comme c'est le cas dans l'ancien Code de commerce. Ce nouveau Code emploie, en effet, le verbe "pouvoir" en faveur de la société, alors que l'article 494 de l'ancien Code, afférent aux sociétés anonymes, utilise le verbe "devoir" pour imposer à la société l'obligation d'exonérer les fondateurs de leurs obligations issues des actes passés pour la constitution de la société. La commission libyenne du droit des sociétés s'est rapprochée de la règle prévue en droit français (C. com. art. L.210)⁶⁸.

D'autre part, c'est aussi à défaut de sa personnalité morale que la société en participation ne peut avoir la qualité de mère. Sa souscription au capital d'autres sociétés n'engage et ne donne la qualité d'associés qu'à ses dirigeants. La même règle s'applique aussi à la société créée de fait que les associés n'ont pas l'intention d'immatriculer au registre du commerce et des sociétés. Elle n'aura jamais la personnalité morale et, du coup, les engagements pris par ses associés ne s'attacheront qu'à leurs propres patrimoines.

Il en va de même pour le groupe de sociétés qui n'a pas, selon les droits français et libyen, de personnalité morale distincte. Toute participation par ses composantes dans le capital d'autres sociétés n'a aucun effet sur lui. Les engagements qui en sont issus s'imposent uniquement aux sociétés participant et à leurs associés lorsque ces derniers ont la qualité de sociétés de personnes. Cependant, lorsqu'il s'agit des sociétés participant au capital d'autres, ces participations n'obligent pas leurs associés alors même que certains d'entre eux sont des sociétés les contrôlant.

35. En revanche, les sociétés dotées de leur personnalité morale sont, en général, aptes

⁶⁸ Selon l'article 494 du Code de commerce, relatif aux SA, SCA et SARL, la reprise de l'engagement par la société est automatique tant qu'il sert sa constitution ou a été ratifié par son assemblée générale. Cependant la règle prévue pour les SNC et SCS implique que tout associé agit au nom de la société en formation est présumé son mandataire.

dans les limites de leurs objets sociaux, à créer, financer, diriger ou gérer d'autres sociétés. Par exemple, une société holding, quelle que soit sa forme, jouit d'une large capacité à contrôler d'autres sociétés car son objet social ne se concrétise que l'activité de détention d'un portefeuille comportant ses participations dans d'autres sociétés. Ce type de société ne se distingue que par son objet social. Comme un auteur le décrit, «il ne s'agit, au fond, que de sociétés à qui l'on demande de jouer un rôle plus ou moins limité à la détention de participations dans le capital d'autres sociétés françaises ou étrangères⁶⁹». Pourtant, sur le plan législatif, cette société n'est pas obligée en droit français d'adopter une forme sociale précise, ni soumise aux règles particulières qui lui sont exclusivement applicables. Une holding française peut assumer la qualité de société civile ou commerciale selon son activité, une société de personnes ou de capital⁷⁰. En tout cas, elle obéit aux règles juridiques et fiscales qui gouvernent de façon générale ces sociétés, sans que sa qualité de holding lui vaille un traitement spécial.

36. S'agissant cependant du droit libyen, la règle est différente surtout après l'entrée en vigueur du nouveau Code de commerce de 2010. Il existe deux dispositions : l'une, issue de l'article 121-2 relatif aux sociétés par actions, définit la société contrôlaire sans prescrire une quelconque forme. Cette disposition s'applique dès la simple détention de la majorité des droits de vote ou lorsqu'il existe des restrictions imposées par un accord spécial entre les deux sociétés (contrôlaire et contrôlée) sans qu'elle fasse mention de la forme juridique ou de l'objet social de cette société. Son importance se limite cependant à l'interdiction des participations croisées entre la société qui contrôle et celle contrôlée. Quant à la deuxième règle afférente aux sociétés holdings, il s'agit de l'article 249 qui a défini la société holding selon sa forme et son objectif comme une société anonyme contrôlant une ou plusieurs autres sociétés. De plus, cette société a été définie par ce droit en fonction de son objet social. L'article 250 limite, en effet, cet objet à 5 rôles :

69 Voir A. Charveriat, B. Gouthiere, H. Bardet, Ph. Tournes, *Les holdings- guide juridique et fiscal*, 3e éd, 2002 p.5. Voir aussi, D. Vidal, *Droit des sociétés*, 6^{ème} éd., Lextenso edition, p.653. L'auteur définit la société holding comme «la société ayant pour objet de détenir les parts ou actions d'autres sociétés...». Pour autant, D. Vidal distingue entre la holding pure dont l'objet social est exclusif à la détention des valeurs mobilières dans d'autres sociétés, et la holding exerçant des activités opérationnelles à côté de son objet principal qui est la disposition des titres sociaux. Dans le même ordre d'idée, A. Charveriat, (*op.cit.*, p.80) selon qui : « le plus souvent, la société mère joue un rôle exclusivement financier ; elle porte alors le nom de holding ». Voir aussi, P. Billion, *op.cit.*, p. 14; F. Hmoda, *Les aspects juridiques des sociétés holdings*, mémoire de master présenté et soutenu à l'université de Tripoli le 23/05/2003., p. 14; Parthelemy, Coulon, Egal, Guigou, Hardouin, Mello, Petiteau, Seurat, *Le droit des groupes de sociétés.*, Dalloz 1991, p. 88; ainsi que d'autres auteurs égyptiens : M. AL-Sharquawi, *L'entreprise multinationale et la société holding comme instrument pour sa création*, revue du droit et de l'économique, n° 3 et 4., p.76 ; Y. Abdurrida, *Les aspects juridiques des groupes multinationaux*, Dar Al-Nnahda Alarabia, 1994., p. 327.

70 P. Billion, *op. cit.*, p. 19.

- 1- Constituer des sociétés filiales, dominer des sociétés existantes ou participer à leurs capitaux ;
- 2- Investir son capital dans l'achat d'actions, d'obligations et autres valeurs mobilières ;
- 3- Constituer et administrer des caisses de portefeuilles et autres investissements ;
- 4- Présenter des crédits, des avals et des financements à ces filiales ;
- 5- Acquérir, investir et louer des brevets, des marques commerciales et des droits littéraires.

De ce fait, il existe en droit libyen deux types de sociétés contrôleuse : une société mère dont la forme et l'objet social sont libres, et une société holding.

37. Cependant, lorsque la société mère exerce un objet social autre que celui de la holding, elle n'a pas vocation à créer et à gouverner des filiales sinon à propos de son objet social. Cette exigence est conforme à la règle générale qui caractérise l'objet du contrat de société comme la mise en commun de biens ou d'activités en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter (C. c. fr art. 1832/ C. com. lib. 494). Cet objet doit être indiqué dans les statuts (C. com. fr. art 210-2/ C. com. lib. art 3-2). Du reste, cette disposition a été reprise dans le droit des sociétés libyen, précisément pour la société contrôleuse. Ainsi, selon l'article 110 afférent aux sociétés de capital « la société n'a pas à participer aux opérations d'une autre société lorsque telle participation pourra conduire en réalité au changement substantiel de son objet indiqué à son contrat constitutif ». Toutefois, les fondateurs des sociétés en général, et celles contrôleuses en particulier, s'ingénient à formuler l'objet social de la façon la plus extensive qui soit. Cela évite d'avoir à modifier les statuts lorsque la société doit étendre ou diversifier son activité⁷¹.

II- Une société mère ou contrôleuse

38. La notion de société exerçant un contrôle sur une autre n'est pas aisée à appréhender, car les textes juridiques qui la régissent, bien que multiples, ne lui donnent aucune définition particulière⁷². Le législateur français⁷³ par souci de pragmatisme, ne s'est pas contenté d'une seule notion de contrôle. Ce concept a dû être décliné en fonction de la réalité pratique des sociétés et des objectifs visés. C'est ainsi qu'il a pu être réglé, selon le rôle du contrôle, par quatre articles.

⁷¹ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, p. 50.

⁷² Le législateur libyen n'a pas non plus défini cette société. L'article 25 du Code de commerce s'est limité à déterminer les conditions dans lesquelles cette société peut exister.

⁷³ A. Atiback, *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, p. 39.

A- Le contrôle destiné à la mise en œuvre des dispositions liées à l'information

39. Ce type de contrôle est prévu en droit français à l'article L.233-3, I du Code de commerce (issu de la loi du 26 juillet 2005) qui dispose qu'une société est considérée comme en contrôlant une autre dans les cas suivants : «1° lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° lorsqu'elle détient de fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société ;

II- la société est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droit de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détienne directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne;

III- deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles détiennent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

40. Cet article est considéré sans aucun doute comme le plus important relativement à la définition de société contrôleuse, car il a vocation à s'appliquer pour déterminer dans quelle mesure une société en contrôle directement ou indirectement une autre. Il était ainsi initialement destiné à définir le groupe pour mettre en œuvre les dispositions relatives aux notifications et informations (C. com. art. L. 233-6 à L. 233-16), et celles propres aux participations réciproques (C. com. art. L. 233-29 à L. 233-31). Son champ d'application ne se cantonne pas uniquement à ces limites mais il a encore fait l'objet de renvois par d'autres textes pour concrétiser l'existence de la société ou l'entreprise dominante, contrôleuse ou mère. On peut citer à titre d'illustration, les conventions réglementées dans les sociétés par actions (C. com. rat. L. 225-39, L. 225-26, L. 226-10 et L. 227-10), la mise en œuvre de l'expertise de gestion dans une société anonyme ou société en commandite par actions (C. com. art. L.225-231), la détermination de la modification du contrôle d'un associé de SAS

(C. com. rat. L. 233-17), la détermination des franchissements de seuils (C. com. art. L.233-9,2°) et de présomption d'actes de concert (C. Com. L. 233-10)⁷⁴.

Toutefois, le commentaire de cet article mérite certaines observations :

En premier lieu, la société peut, de façon générale, être considérée comme contrôleuse en fonction de plusieurs critères qui semblent avoir des origines différentes. L'alinéa I, 1° prend en considération, au regard des assemblées générales, la majorité absolue des droits de vote détenus, directement ou indirectement, par une société sur une autre. C'est à dire qu'une société qui détient, même allusivement, plus de 50 % des droits de vote dans les assemblées générales d'une autre société est considérée comme contrôleuse⁷⁵.

41. De plus, la détention entendue en l'occurrence ne porte en effet que sur la majorité des droits de vote qui n'est pas forcément en lien avec celle du capital social⁷⁶. Comme l'expriment *Goffaux-Callebaut (G) et Gastaud (J-P)* « tous les auteurs s'accordent aujourd'hui à dire que l'on assiste, depuis quelques années, à la désacralisation du droit de vote, qui n'a plus le lustre qui était le sien à la fin du siècle dernier⁷⁷ ». Ainsi une société disposant de plus de 50% des droits de vote dans une autre société est considérée comme contrôleuse alors même que sa propriété dans le capital de celle-ci est très inférieure à ce pourcentage⁷⁸. En effet, la qualité des actions émises par la société peut être un outil élargissant la périphérie des droits de vote détenus par l'actionnaire, en disproportion avec ses participations effectives dans le capital de cette société. Citons à titre d'exemple : les actions en double vote (C. com, art. L. 225-122) par lesquelles une société mère peut acquérir la majorité des droits de vote dans sa filiale bien qu'elle n'y détienne concrètement

74 V. M. Bandrac, J-P. Dom, *Loi NRE et autres réformes, réflexion et solutions pratiques en droit des sociétés*. JOLY., éd 2002. p. 47.

75 V. J-P Legros, M. Germain, (*Travaux dirigés de droit des sociétés*, p. 263) selon qui : « le contrôle de droit résulte lorsqu'une société détient plus de la majorité des droits de vote d'une autre société ».

76 V. aussi, P. Le Cannu, *Nouvel élément dans la définition du contrôle par l'article L. 233-3 du Code de commerce*, *RTD Com.* 2005 p. 675 «sachant que l'on peut être majoritaire dans une assemblée sans être majoritaire en capital»

77 V. G. Goffaux-Callebaut et J-P. Gastaud, *Du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'HARMATTAN, 2008, n° 174, p.127.

78 Le législateur français a employé le terme « détention », nuancé de celui « disposition » ou « possession ». Le Lexique des termes juridiques le définit ainsi comme la «*maîtrise matérielle sur un bien indépendamment du titre qui pourrait la justifier.*», voir *Lexique des termes juridiques 2010*, Dalloz, p.254. Voir aussi A. Charveriat, *op.cit.*, p. 18. Il estime que « *Le contrôle doit être apprécié non pas en fonction de la participation dans le capital social mais en fonction des droits de vote* ». En revanche, sont écartées, sur le visa de l'article L. 228-35-11 du Code de commerce, toutes les actions sans droit de vote, telles que celles à dividendes prioritaires sans droit de vote, celles dites «d'autocontrôle», et celles détenues par la société.

qu'une fraction mineure⁷⁹ ; les actions à vote plural qui restent autorisées en droit français pour deux types de sociétés : les concessionnaires hors de la France Métropolitaine et les sociétés d'économie mixte.

42. D'autre part, la détention d'une fraction du capital social n'est plus considérée comme le seul critère faisant présumer de l'existence du contrôle. Elle est remplacée par le critère de la détention des droits de vote qui confère à partir d'un certain seuil, le pouvoir d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une société⁸⁰. Ceci devient possible grâce à la légalisation de la dissociation entre ces deux critères (al 1-2, dudit article). Ainsi, un associé, ou encore un tiers, pourrait détenir seul la majorité des droits de vote dans une société en vertu d'un accord conclu avec un ou plusieurs autres associés de cette société. Il s'agit d'un contrat par lequel l'associé confère les droits de vote attachés à ses titres sociaux à un autre associé ou actionnaire, ou encore à un tiers. Cet acte ne peut, en fait, qu'avoir des effets provisoires, ou n'être qu'à titre de mandat car les conventions portant atteinte au droit de vote, telles que les trafics ou les achats des droits de vote, sont qualifiées «d'abus de voix»⁸¹ et ainsi sanctionnées d'une peine d'emprisonnement et de 9000 euros d'amende (C. com. art. L.242-9,3°) et considérées comme nulles⁸².

Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une convention de vote licite, le cessionnaire jouit d'un large pouvoir pour utiliser, au lieu et place de son cédant, les droits de vote attachés aux titres cédés⁸³. Cette technique contractuelle pourrait matière de groupes déboucher sur un

79 Notons que ce type d'action était prohibé dans l'ancien Code de commerce libyen de 1954 (C. com, art 503-4), mais l'article qui le prévoyait n'existe plus dans le nouveau Code entré en vigueur en mars 2010.

80 A. Atiback, *op. cit.*, p. 34.

81 Voir A. Atiback, *ibidem*, p.17 ; T. Gauthier, *op. cit.*, p. 271 : « les conventions qui ne privent pas l'actionnaire irrévocablement de son droit, qui ne sont pas conclues afin de frauder la loi (par exemple, qui ne contrevient pas au principe de révocation ad nutum), et qui ne sont pas contraire à l'intérêt de la société, sont valables »

82 Les juges ont, malgré tout, accepté de consacrer certains accords relatifs à l'exercice de leurs droits de vote par les actionnaires. Tel est le cas si l'associé ne se trouve pas irrévocablement privé de son droit de vote, si l'intérêt social est sauf et si l'accord est exempt de toute idée de fraude. Ainsi M. Coziant et ses coauteurs donnent quelques exemples des conventions dont la validité peut être retenue :

- renonciation particulière et temporaire au droit de vote ;
- suspension du droit de vote pour temps déterminé ;
- engagement de voter en faveur de la nomination d'une personne au conseil d'administration.

De ce fait, la combinaison entre l'article L.233-3-I-3° du Code de commerce, afférent à l'établissement de la qualité de contrôleuse en vertu d'une convention de vote, et l'article L. 242-9,3° du même Code sanctionnant une telle convention en cas d'atteinte au droit de vote, implique et de cantonner la validité de la convention en cause dans les limites de l'intérêt social, et de caractériser cette convention par la temporalité, l'irrévocabilité et la gratuité.

83 Plusieurs raisons peuvent motiver les associés à céder leurs droits de vote à un autre associé ou à un tiers. D'abord le titulaire du droit de vote fait parfois preuve d'une indifférence irréductible et irréversible à l'égard du gouvernement de la société. Ensuite, les petits actionnaires, ne se connaissant souvent pas, peuvent ne pas avoir conscience de leurs intérêts communs. Ils ne s'intéressent parfois guère à la participation aux assemblées générales, notamment lorsqu'ils sont des fonctionnaires ou salariés. De plus, un grand nombre

contrôle dominant exercé par la société mère sur sa filiale⁸⁴.

43. De plus, le contrôle pourrait être exercé par la société mère sur sa filiale sans tenir compte d'un pourcentage minimal du capital social ou de droits de vote détenus par cette société. En effet, l'alinéa 3° de l'article L. 231-3-I dispose qu'une société peut être qualifiée de contrôleuse lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions de l'assemblée générale d'autres sociétés. Cette disposition ne fixe aucun pourcentage pour avoir une telle qualité, mais fait mention du contrôle de fait qui n'est lié qu'à deux éléments : la détention d'une fraction de droits de vote (peu importe son importance), et la détermination des décisions au sein de l'assemblée générale de la société contrôlée. Ainsi, comme l'envisagent souvent les auteurs, les titres sociaux peuvent être dispersés entre de nombreux associés dont beaucoup ne s'intéressent guère à l'emploi de leurs droits de vote, mais à l'octroi de leurs dividendes annuels⁸⁵. Un tel agissement d'associés pourrait conduire une société détentrice d'une fraction de 10% des droits de vote à être qualifiée de contrôleuse lorsqu'elle oriente effectivement les décisions dans l'assemblée générale⁸⁶.

44. En outre, l'alinéa II de l'article L. 233-3 fait mention du "contrôle présumé" qui résulte de la disposition directe ou indirecte, par une société, d'une fraction des droits de

d'actionnaires sont considérés eux-mêmes comme titulaires d'une créance indexée sur la propriété de la société. Enfin, l'administration de la société demande des actionnaires permanents ayant compétence sociale face à la complexité des affaires sociales, ce qui tend à décourager les porteurs des droits sociaux à s'impliquer dans les gouvernements et par conséquent à prendre part au vote. Ainsi, beaucoup d'associés renoncent à l'exercice de leurs droits de vote, préférant se contenter de recevoir leurs dividendes. Ils trouvent plus utile de conférer l'emploi de ces droits à un coassocié ou un tiers ayant expérience dans ce domaine. V. G. Goffaux-Callebaut et J-P. Gastaud, *op.cit.*, p. 128

84 Il est à noter en l'occurrence que l'utilisation des droits de vote d'un associé par un autre associé ou par un tiers ne peut être légitime qu'à condition de son accord. La société mère, quelle que soit l'importance de sa participation dans la filiale, ne peut décider dans les assemblées générales de celle-ci de priver un coassocié de ses droits de vote. Cette décision ne pourrait même être prise par la collectivité des associés. La Cour de cassation française considère en effet l'article 1844 du droit civil comme disposition impérative qui ne peut être dérogée par une clause statutaire ou une décision collective. cf. J-C. Hallouin et L. Lamazerolles, *Sociétés et groupements*, septembre 2007, août 2008, recueil Dalloz 2009. p.323.

85 Voir D. Schmidt, qui constate dans sa thèse ce comportement des actionnaires minoritaires. Il a écrit en ce sens que « l'absentéisme des actionnaires aux assemblées générales, leur méconnaissance des affaires de la société, et en tout cas, leur renonciation à participer à la marche de celles-ci ont permis à un petit groupe d'actionnaires de disposer du contrôle des intérêts du groupe... » D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris, éd SIREY, p.12. Voir aussi T. Gauthier, *les dirigeants et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p. 270 : « souvent, le groupe détient plus de la moitié ou même la totalité des droits de vote. Parfois, seule une fraction de ces droits suffit, notamment lorsque le capital de la société est particulièrement dispersés entre de nombreux actionnaires ».

86 Dans sa thèse de doctorat, C. Champaud met en lumière cette distinction entre ces deux actionnaires : « les uns, en petit nombre, sont vivement intéressés à la marche de la société, et la contrôlant pleinement ; les autres épargnants ou spéculateurs en très grand nombre, sont considérés comme de simples créanciers de la société et ne sont que des passants ». L'auteur les dénomme alors « actionnaires bailleurs de fonds ». Voir C. Champaud, *Le pouvoir de la concentration de la société par actions*, 1962, p. 27 et s.

vote supérieure à 40% sur une autre société lorsqu'aucun associé ou actionnaire ne dispose d'une fraction supérieure à la sienne. Ces dispositions semblent du reste distinctes des règles établies par les deux articles 121-2 et 249 du nouveau droit libyen des sociétés qui concernent respectivement la société mère et la société holding. En effet, l'article 121-2 met en relief deux critères qui conduisent à l'existence de la société contrôleuse : un critère capitalistique, et un autre contractuel. Il s'agit, pour le premier, de la détention, par la société contrôleuse, d'une fraction d'actions de sa filiale lui conférant la majorité des droits de vote dans son assemblée générale ordinaire. La majorité réclamée par cette disposition libyenne ne semble pas identique à celle qu'impose l'article L. 233-3-I-1 du Code de commerce français, car il ne s'agit pas de la majorité absolue mais de celle nécessaire à la prise de décision dans l'assemblée générale ordinaire. Cette majorité a été d'ailleurs régie par l'article 153 du Code de commerce qui exige l'existence de deux quorums pour cette prise de décision : un quorum de présence, égal au moins à la moitié du capital social, et un autre, de vote, égal à la majorité du capital présent.

45. D'autre part, pour avoir la majorité qu'impose cet article, il faut que soient exclues les actions ne donnant pas à la société contrôleuse de droits de vote comme les actions de jouissance, celles mises en gage, et les actions de préférence. Cependant, les actions à double vote⁸⁷ et celles d'usufruit sont prises en compte. Au demeurant, en dépit de cette définition précise prévue audit article 121-2, son intérêt reste en droit libyen très limité, compte tenu de son champ d'application qui se restreint à la répression de l'échange d'actions entre la société contrôleuses et sa filiale. Ainsi, jusqu'à présent, il n'existe aucune référence à cette nouvelle notion.

Quant au critère contractuel établi par ledit article 121-2 à l'existence de la société contrôleuse, il apparaît distinct de l'article L. 233-1 du code de commerce français, car il ne se fonde pas sur des liens capitalistiques entre la société contrôleuse et sa filiale, mais il résulte des seules restrictions contractuelles imposées par la première à la deuxième. Ceci ne semble pas non plus être le cas pour l'article L. 233-3 du Code de même code français, qui prévoit la détention d'une fraction du capital ou des droits de vote par la société contrôleuse.

46. S'agissant de l'article 249 du Code des sociétés libyen spécifique à la société holding, il a défini cette société d'une manière différente de l'article 121-2 précité. Ainsi,

⁸⁷ Les actions en double vote ne sont plus interdites depuis la promulgation de la nouvelle loi des sociétés.

est considérée comme holding la société qui détient le contrôle financier et administratif sur sa filiale en fonction de deux moyens : soit par la détention d'une fraction supérieure à la moitié de son capital, soit par l'intermédiaire d'un contrat conclu avec elle. Ainsi, le contrôle prévu en l'espèce semble tellement flexible qu'il comporte presque tous les cas prévus à l'article L. 233-1 et 3 du droit commercial français. En effet, le contrat de contrôle en la matière ne se limite pas à une forme ou à des conditions particulières, ce qui confère à l'autorité doctrinale et jurisprudentielle un large pouvoir d'appréciation pour sa définition. Ainsi, ce type de contrôle pourrait se trouver sous de multiples formes, telles que la détention par un accord d'une fraction des droits de vote, du choix des organes sociaux ou des actions à droit d'usufruit.

47. D'autre part, la société holding, selon ledit article, n'est pas seulement définie par son contrôle, mais aussi par sa forme juridique qui se limite à la société anonyme, et par son objet social qui se résume en cinq activités énumérées dans l'article 250 du Code de commerce. De ce fait, on constate qu'il y a, en droit libyen, un parallélisme en matière de sociétés contrôleuses : une société holding étant dans l'impossibilité d'exercer une activité en dehors de celles mentionnées à l'article 250, ou de porter une forme juridique autre que celle de société anonyme, et une société mère capable d'assumer n'importe quelle forme sociale et d'adopter tout objet licite⁸⁸.

48. Par ailleurs, de la même manière que le contrôle peut être directement exercé par la société contrôleuse sur sa filiale, il est, en droit français, possible qu'il s'exerce d'une façon indirecte sur des sous-filiales. Il faut pour retenir ce contrôle faire masse des droits de vote que la société contrôleuse détient au sein de la société contrôlée ; de même que pour ceux que cette dernière détient dans d'autres sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement⁸⁹. Ainsi, la société mère peut détenir le contrôle dans deux filiales détenant ensemble la majorité du capital de la sous filiale. Par exemple, une société A détient 95% d'une société B et 100% d'une société C. la société B détient 30% des droit de vote de la société D, la société C détient 40% de cette même société D. On arrive ainsi à ce que la société mère A soit la contrôleuse non seulement de ses deux filiales directes B et C, mais

⁸⁸ La règle en droit français semble similaire pour l'objet mais différente pour la forme. Ainsi, une société holding est en mesure de porter toutes les formes sociales ; même la société civile est souvent constatée holding. En sens Y. Chapaut (*Société holding, conformité à l'objet social de la cession du portefeuille, note sur cassation, revue des sociétés 2009 p.90*) affirme « qu'il est désormais bien établi par la jurisprudence que c'est au plan des pratiques managériales du groupe et non de sa structure que doit s'apprécier la notion de l'animation effective. Cependant cette société est couramment définie comme une société mère ayant pour objet de détenir des participations dans d'autres sociétés ».

⁸⁹ A. Charveriat, *op. cit.*, p. 19.

aussi de celle de sa sous-filiale D⁹⁰.

Du reste, le contrôle indirect exercé par la société mère sur ses filiales est également prévu en droit français à l'article L. 233-4 du Code de commerce, aux termes duquel toute participation au capital détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui la contrôle. Ainsi, même lorsqu'il s'agit du contrôle fondé sur des liens non capitalistiques, tels les conventions de vote, la généralité dudit article L.233-4 établit la qualité de contrôleuse même à l'égard des sous-filiales. Ce contrôle peut d'ailleurs conduire à ce que l'on appelle « le groupe de sociétés à structure circulaire ». Ce type de groupe met en œuvre une chaîne aboutissant au contrôle de la société mère par une société contrôlée par une de ses filiales⁹¹ ; autrement dit, lorsqu'une sous-filiale ou une filiale de celle-ci détient le contrôle sur la société qui la domine indirectement. Ce type de contrôle n'est admis que lorsque les règles relatives aux participations réciproques et à l'autocontrôle sont respectées⁹².

49. Par ailleurs, on n'observe dans le Code de commerce libyen aucune mention du contrôle indirect. Les articles 121-2 et 249 n'évoquent, en effet, que la qualité de société contrôleuse et celle de holding, sans pour autant régler la question des participations ou du contrôle indirect. Devant ce mutisme, il semble néanmoins logique d'éliminer la possibilité d'étendre ces qualités au-delà de la filiale directe du fait de la personnalité morale et des pouvoirs hiérarchiques qu'elle prescrit. En ce sens, on s'aperçoit d'ailleurs que l'article 253-1 dudit Code impose à la société holding l'obligation de nommer ses représentants dans ses filiales à proportion de ses participations dans leur capital. De plus, le deuxième alinéa de cet article prévoit que le conseil d'administration de la société holding détentrice d'une filiale à 100 %, exerce dans celle-ci les pouvoirs dévolus à la collectivité des associés dans la société pluripersonnelle ; de même que le président de cette filiale exerce ces mêmes pouvoirs au sein de la sous-filiale.

50. D'autre part, la question que l'on peut aborder à nouveau, de manière différente cette fois, concerne le détachement des droits de vote par la technique de l'usufruit. C'est à dire, lorsqu'une société titulaire d'une fraction majeure du capital d'une autre société cède,

90 V. J-P. Dom, *Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001*, *Revue des sociétés* 2001, p. 14.

Voir, A. Atiback, *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, *op.cit.*, p. 37.

92 Sur les participations réciproques et l'autocontrôle prohibé par l'article 233-29 du Code de commerce, voir T. Gauthier, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p. 486 ; LAMY, *Sociétés Commerciales* 2006, n° 1956.

par un contrat d'usufruit, ses droits de vote attachés à cette fraction à une troisième société usufruitière. Il est ici question d'identifier la société qui assumera la qualité de contrôleuse, et ainsi les obligations en résultant. Il n'y a pas d'équivoque sur l'importance de cette question qui consiste à connaître la répartition des droits et des obligations inhérents aux mêmes actions, tels que le droit à l'information, au contrôle, au vote et les droits pécuniaires. En revanche, sur le plan des obligations, l'importance se révèle également grande quant à la fiscalité, la procédure collective pour certaines sociétés et la défense de participations réciproques. Selon l'article L. 225-110 du Code de commerce français, « le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propiétaire dans les assemblées générales extraordinaires. ». La question semble donc réglée en droit français par cet article. Il faut vérifier l'objet sur lequel porte le droit de vote pour se rendre compte s'il fait partie des compétences juridiques et statutaires de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire de la filiale. Dans la première occurrence, le droit de vote et ainsi la qualité de contrôlant, revient à la société nu-propiétaire des actions, et dans le deuxième cas, ils sont relatifs à la société usufruitière.

51. Par ailleurs, l'alinéa I-4 de l'article 233 du code de commerce français (ajouté par l'article 33-1 de la loi Breton du 26 juillet 2005) prévoit une autre cause de contrôle. Elle dispose que le contrôle peut se fonder sur la faculté d'une société, associée ou actionnaire dans une autre société, de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette dernière. Cet article précise que la société contrôleuse doit être « associée ou actionnaire » de la société contrôlée ; cela signifie aussi que ce pouvoir de nomination ou de révocation est exercé dans le cadre d'un organe social, et non en raison d'un acte ou d'une décision extérieure à la société⁹³. Mais ce texte évoque par ailleurs le pouvoir de nommer et de révoquer la majorité des organes sociaux sans pour autant exiger que la société contrôleuse ait la majorité du capital social de celle contrôlée.

À notre avis, ce n'est pas par omission que le législateur français n'a pas prévu cette condition, surtout qu'il en a fait mention dans d'autres alinéas de cet article. La question relève donc des conditions statutaires de la société, qui peuvent donner à un associé non majoritaire un pouvoir en ce sens. Cela peut être le cas pour une société associée minoritaire dont l'apport est en nature ou en industrie, tel qu'un immeuble ou un brevet

93 Voir *P. Le Cannu, op. cit.*, p. 777.

d'invention ; elle pourrait se ménager une telle faculté par l'acte constitutif de l'autre société et aura ainsi la qualité de contrôleuse.

52. Enfin, l'alinéa III tient compte de l'agissement de concert qui amène à la détermination de fait des décisions prises dans les assemblées générales de la société, caractéristique du contrôle conjoint. Selon l'article L. 233-10 du code de commerce : « sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue de les exercer, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ». Selon cet article, la convention de concert doit se concrétiser dans la volonté de contribuer en commun et d'une manière durable à la gestion ou à la stratégie économique, commerciale ou industrielle de la société. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt récent, avait reproché à la Cour d'appel de Paris d'avoir violé l'article L.233-10 par la déduction du concert des seules stipulations relatives à la gestion courante des sociétés concernées et à la composition des conseils d'administration ou à la distribution de dividendes. Ces stipulations, selon la Cour de cassation, avaient été prévues, non seulement à titre temporaire, mais aussi pour les seuls besoins de l'opération de restructuration capitalistique des sociétés concernées. Et dès lors qu'elles participent d'un seul accord ponctuel, elles n'étaient pas de nature à caractériser une volonté commune de déterminer durablement la gestion ou la stratégie de ces sociétés⁹⁴.

En résumé, lorsqu'il existe un accord de concert au terme dudit article, ainsi qu'un but commun aux associés concertistes, ceux-ci sont considérés comme agissant de concert, et susceptibles d'être qualifiés de contrôleuses de la société⁹⁵.

B- Le contrôle à vocation comptable

53. Ce contrôle est prévu à l'article L. 233-16 du Code de commerce français (issu de la loi NRE du 15 mai 2001) qui impose une obligation d'établissement et de publication des comptes consolidés par les sociétés commerciales qui contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises, ou qui exercent une influence notable sur celles-ci⁹⁶. Le droit libyen aussi régit brièvement ce devoir par l'article 240 du Code de

94 V. *Cass. com.* 27 oct. 2009, n° 08-18-819.

95 V. *J-P. Dom (ibidem)*, qui décompose, dans son dit article, l'action du concert en deux éléments: matériel formé par l'accord des parties, et psychologique, but commun des parties.

96 La technique de la consolidation est apparue à la fin du XIXème siècle aux États-Unis. Elle est devenue obligatoire pour les sociétés cotées au *NYSE (NEW YORK STOCK EXCHANGE)* après la crise financière de 1929. Ce système permet, en pratique, d'avoir une image globale d'un groupe de sociétés, laquelle permet à celui-ci de présenter à ses actionnaires des comptes sincères fondés sur des données financières intégrées. Ce système est entré en droit français en 1966 par l'article 229 de la loi n° 537 qui confère aux commissaires aux

commerce relatif à la société holding. Il impose au conseil d'administration de celle-ci l'obligation d'établir, de façon annuelle, un bilan consolidé, ainsi qu'un rapport sur les bénéfices, les pertes et les flux financiers afférents à cette holding et à ses filiales, afin de les ratifier par l'assemblée générale ordinaire.

Cependant pour les autres sociétés, il n'existe aucune disposition imposant une telle obligation. Une société commerciale ayant une activité différente de celle consacrée à la société holding n'a pas l'obligation d'établir un tel bilan ou un tel rapport de gestion. Cette distinction entre le holding et les autres sociétés contrôleuses ne semble à nos yeux avoir aucune raison juridique, au contraire, elle comporte en la matière une grande carence, car la holding n'est pas la seule société qui puisse constituer des filiales ; les sociétés opérationnelles aussi sont à même de le faire, ce qui conduira à l'existence des groupes non transparents⁹⁷.

54. Dès lors, c'est par souci de garantir la transparence dans les entreprises contrôlées que cette obligation n'incombe pas uniquement aux dirigeants de celles-ci rarement indépendants dans leurs postes, mais également à ceux des sociétés contrôleuses⁹⁸. Ils sont tenus de reconstituer un bilan et un compte de résultats consolidés donnant une image globale de l'activité et de la situation de l'ensemble⁹⁹. Ces documents sont utiles tant en interne (décision de gestion) qu'en externe (information des actionnaires et des tiers en général). Ils montrent, du reste, l'ensemble d'entités regroupées comme si elles étaient intégrées dans une seule entreprise.

Toutefois, c'est en vue de déterminer la notion de contrôle que l'article L.233-16 du Code de commerce évoque plusieurs hypothèses dans lesquelles une société pourrait se voir contrôleuse, et concernée par ladite obligation. Nous citons donc ce texte afin de

comptes de la société mère le droit de contrôler les bilans et les comptes réalisés par les conseils d'administrations des sociétés filiales.

Toutefois, consolider les comptes consiste à inclure tout ou partie de l'actif et du passif des filiales « sociétés consolidées » dans les comptes de la société mère « en tête du groupe ». Les comptes consolidés font apparaître le patrimoine, la situation financière et les résultats de l'ensemble consolidé comme s'il s'agissait d'une seule entreprise. V. S-T. Mercier, *La consolidation, éd des CCI de Wallonie s.a. 2005 p.8*

97 L'article 213-10 du Code de commerce relatif aux sociétés de capitaux réduit cette lacune en obligeant leurs conseils d'administration à approuver dans leurs bilans annuels les participations dont elles disposent dans d'autres sociétés.

98V. P. Le Cannu, *L'encadrement de certains rémunérations, indemnités et avantages accordés aux dirigeants*, RTD Com. 2005 p.764. Voir aussi, S-T. Mercier, *la consolidation, mentionné au dessous, p.11*.

99 Voir P. Billon, *op. cit.*, : « le bilan consolidé est le bilan établi par la holding qui comprend les bilans des sociétés qu'elle contrôle de manière exclusive ou conjointe ou les sociétés sur lesquelles elle exerce une influence notable ». L'auteur utilise dans cette définition le terme « société holding », ce qui semble vouloir consacrer cette obligation à ce type social. Néanmoins, l'article 233-16 apparaît plus large que cette étroite vue, puisqu'il mentionne la société contrôlante nonobstant son activité.

l'analyser et le comparer, au fur et à mesure, avec l'article 233-3 précité¹⁰⁰. Ainsi, aux termes de l'article 233-16 du Code de commerce français : « I- les sociétés commerciales établissent et publient chaque année à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci, dans les conditions ci-après définies. II- le contrôle exclusif par une société résulte : 1° soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise; 2° soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40% des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détienne, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne; 3° soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires lorsque le droit applicable le permet; III- le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord. IV- l'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise.»

55. De par ce texte, on remarque que le législateur français, bien qu'il maintienne la notion juridique de "société en contrôlant une autre", emploie le terme économique "entreprise contrôlée" au lieu de "société contrôlée". Cette reprise terminologique dans le domaine économique implique de se poser la question sur son pourquoi législatif. Cela, marque-t-il une reconnaissance juridique du groupe de sociétés comme unité économique distincte de ses membres ou bien n'est-ce qu'à dessein d'encadrer par ce droit les entités économiques contrôlées et dépourvues de la personnalité morale ? Certains auteurs n'hésitent guère à dire qu'une telle harmonisation entre la réalité économique et financière du groupe et celle juridique équivaut à reconnaître la personnalité morale comptable du groupe de sociétés, et à consolider les fractures qui correspondent aux personnalités juridiques distinctes des sociétés membres du groupe¹⁰¹. D'autres considèrent que cet

¹⁰⁰Cependant, en droit libyen les règles inhérentes à ce sujet semblent cantonnées dans les deux articles 121-2 et 249 du Code de commerce qui ne comportent en fait aucune définition pour la société mère ou holding.

¹⁰¹ Voir M. Cozian, *et alter*, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p.660

emploi terminologique n'ajoute aucune valeur dans le domaine des sociétés. Dans cette optique, l'entreprise n'est, en effet, ni plus ni moins que la société, et n'est soumise qu'aux règles qui s'y réfèrent ; c'est cette dernière qui est visée lorsqu'il s'agit d'une mention de l'entreprise ou du groupe d'entreprises¹⁰².

Néanmoins, autant cette dernière idée semble restrictive autant la première idée s'avère excessivement vaste, et préconise l'acquisition de la personnalité morale au groupe d'entreprises sans qu'elle se fonde en réalité sur des dispositions existantes. En effet, le législateur français ressent l'importance de reconnaître et de définir le groupe de sociétés au travers de la notion d'entreprise, et en dégagant de cette notion certains aspects par des lois différentes. Toutefois cette reconnaissance reste ponctuelle et n'aboutit toujours pas à octroyer la personnalité morale à ce groupe, puisque cette personnalité ne peut, en principe, être acquise qu'en vertu d'une disposition explicite, laquelle ne s'avère pas présente en la matière¹⁰³. De ce fait, la règle en l'occurrence semble avoir pour vocation de prendre en considération l'activité pratiquée par l'entité économique contrôlée par la société mère, peu importe la forme, voire le statut juridique, dévolu à cette entité.

56. Par ailleurs, la notion de contrôle prévue en l'espèce paraît quelque peu nuancée par rapport à celle prévue à l'article L. 233-3 précité. En effet, le pouvoir de désigner la majorité des organes d'administration, de direction ou de surveillance n'est pas attaché à la qualité d'associé ou d'actionnaire (participant au capital) : il suffit, selon le deuxième alinéa de cet article, que la société contrôleuse ait la jouissance réelle de ce pouvoir. Ainsi une société holding peut être en mesure d'exercer un tel pouvoir au moyen des droits de vote qui lui sont dévolus par un actionnaire d'une autre société. Du reste, la société est présumée posséder ce pouvoir une fois qu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40% des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détienne directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne¹⁰⁴. Cet alinéa relie ce

102. J. Paillusseau, *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques*, op.cit., p.2350.

103 Voir en ce sens B. Grimonprez, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, Rev. soc, 2009, p.715 : « C'est donc par touches successives que le législateur est intervenu, pour composer un tableau de la réglementation volontiers décrit comme impressionniste, si ce n'est pointilliste. Il en résulte un traitement juridique lacunaire des groupes inversement proportionnel à leur influence sur la scène économique et sociale ».

104 Voir aussi J-L. Navarro, *Réflexions critiques sur les aspects du droit comptable, note sur l'autorité des marchés financiers (commission des sanctions)* 3 nov. 2003 ; CA. Paris, 29 juin 2005 et Cass. com. 19 déc. 2006. Rev. Soc 2007. p. 340. Il signale que « considérant que la détention de la majorité des droits de vote est la forme la plus achevée et la moins contestable du contrôle exclusif ; qu'elle est en principe, incompatible avec le contrôle visé au 2° subordonné à la détention par une autre société, de droits de vote au moins équivalents...»

pourcentage avec la disposition des droits de vote de la société contrôlée sans pour autant exiger l'acquisition d'une fraction de son capital, ce qui laisse entendre de pouvoir passer valablement des conventions de vote induisant de tels effets. De plus, la détention dudit pouvoir (pouvoir de nommer la majorité des dirigeants) est en lien direct avec son exercice effectif ; c'est-à-dire que la société contrôleuse doit être titulaire du droit de désigner ladite majorité au moins pendant deux exercices successifs. Tout cela semble différent de la règle énoncée à l'alinéa I-4° de l'article L. 233-3 susvisé exigeant la qualité d'associé ou d'actionnaire pour qu'une société soit en mesure de nommer les dirigeants d'une autre, et ainsi de contrôler cette dernière.

57. D'autre part, l'alinéa II-3 de l'article L. 233-16 (issu de la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003) fait état du contrôle consécutif à l'influence dominante exercée sur une entreprise. Ce contrôle n'est plus conditionné que par la simple qualité d'associé et l'absence d'interdiction législative¹⁰⁵. Ainsi, comparativement à l'article L. 233-3 précité, on observe clairement que le champ du contrôle établi par cet alinéa est très étendu. La qualité d'associé ne demande en effet aucun seuil minimal de participations et le contrôle peut ainsi être justement prévu par les statuts de la société contrôlée ou en vertu d'un accord conclu avec elle. Cependant, l'article L. 233-3 semble réticent au contrôle déduit des rapports non fondés sur les droits de vote dans les assemblées générales de la société contrôlée. Cet article ne comporte aucune disposition perturbant les règles classiques du droit des sociétés, car disposer d'une fraction majoritaire du capital ou des droits de vote est nécessaire pour jouir de ce pouvoir.

58. Du reste, l'alinéa III de l'article L. 233-16 fait état du contrôle conjoint qui « suppose, d'une part, un nombre limité d'associés (aucun n'étant susceptible d'exercer un contrôle exclusif), d'autre part, un accord prévoyant l'exercice du contrôle conjoint sur l'activité économique de l'entreprise et prenant les décisions qui nécessitent le consentement de tous¹⁰⁶ ». Ce type de contrôle se différencie du contrôle exclusif en ce qu'aucun des partenaires ne peut imposer ses décisions aux autres, ce qui exclut l'existence d'une seule société contrôleuse, et qui impute l'obligation de l'établissement des comptes

105 Ce n'était pas le cas avant le 1^{er} août 2003 (date de la loi n°2003-706) où il y avait l'article 133-11 de la loi de sécurité financière qui exigeait la qualité d'associé ou d'actionnaire de la société dominante pour que l'exercice soit qualifié d'influence dominante. Aujourd'hui cette qualité n'est plus requise. La loi dissocie la consolidation de la détention d'un ou plusieurs titres de la société dominée. Cette réforme nouvelle est destinée, dans un souci de transparence financière, à limiter « les ravages de la pratique du hors bilan. », voir U-P. Sabell, *Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires*, Rev soc 2003, p. 669.

106 J-L. Navarro. *op. cit.*, p. 341.

consolidés aux associés contractants. Cette règle semble, d'ailleurs, très similaire à celle prévue à l'alinéa III de l'article L. 233-3 précité. Les deux dispositions induisent le contrôle de l'exercice conjoint qui s'appuie sur un accord entre associés. Elles considèrent ceux-ci comme en contrôle de la société, dès lors qu'ils définissent en fait les décisions prises au sein de ses assemblées générales.

59. De surcroît, l'alinéa IV de l'article L. 233-16 évoque l'influence notable sur la gestion et la politique financière de l'entreprise, exercée par une société disposant, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise. Cette influence, bien qu'elle oblige la société l'exerçant à établir et à publier des comptes consolidés, ne peut selon certains auteurs ¹⁰⁷ être assimilée au contrôle, et la société ne saurait, par conséquent, être qualifiée de contrôleuse. Cette doctrine est conforme sans doute à la majorité des cas : une société ou une entreprise qui détient 20% des droits de vote dans une autre entreprise n'est normalement pas en mesure d'exercer le pouvoir de décision. Mais elle ne peut être approuvée que partiellement pour les entreprises soumises au contrôle d'une majorité. Lorsqu'il s'agit cependant d'une entreprise dont les titres sont diffusés entre de nombreux actionnaires, la détention de 20% de ses droits de vote pourrait conférer la qualité de contrôleuse à la société détentrice.

60. En définitive, en dépit des trois formes que peuvent prendre les sociétés dominantes, on constate que leur existence est toujours en lien avec la notion de contrôle, et que selon l'intensité et les sources de ce contrôle on distingue certaines nuances entre ces sociétés. Ainsi, une société dominante est souvent définie comme celle qui, directement ou indirectement, est en mesure de gouverner l'activité de la société dominée¹⁰⁸. Elle est caractérisée par le fait d'être dominante et par les effets qui en découlent.. Lorsqu'il s'agit d'une société mère, le contrôle se fonde toujours sur une participation capitalistique réelle, majoritairement détenue par cette société dans sa filiale (C. com art. L. 233-1). Le rapport de contrôle entre ces deux sociétés comme l'indiquent leurs noms, est un rapport de filiation et de maternité. Il n'est pas suffisant à la société mère d'avoir la majorité des droits de vote ou de disposer de la faculté de nommer la majorité des dirigeants si celles-ci sont détachés de la détention réelle d'une majorité capitalistique. Cependant, pour la société contrôleuse, on distingue deux types : un premier régi par l'article L. 233-2 du Code de commerce et un second organisé par l'article L. 233-16 du même Code. La différence entre

¹⁰⁷ *Bandrac (M) et DOM (J-P), op. cit., p.48.*

¹⁰⁸ *V. Grimonprez, op. cit., p.720*

ces deux formes découle essentiellement des fondements du contrôle et des champs d'application de chaque article. De surcroît, on peut distinguer une quatrième sorte de société dominante dont le caractère particulier ne réside pas dans le contrôle, mais dans l'objet social, soit la société holding.

De ce fait, il est clair dans cette complexité textuelle et conceptuelle, que l'établissement d'une notion précise du contrôle unifiant toutes les sociétés qui l'intègre, ne semble pas réalisable.

Sous-section II : La société dominée (filiale et contrôlée)

61. Le troisième chapitre du Code de commerce français utilise en la matière trois termes juridiques, dont deux semblables : des filiales et des sociétés contrôlées, et un différent : des participations. Pour définir la société filiale, le législateur utilise un seul critère, celui de la détention d'une fraction de son capital par une autre société, égale à la moitié. Pour définir les participations, il adopte le même critère capitalistique, mais avec un taux de détention moindre (entre 10 et 50%). Pour qualifier la société de contrôlée, nous avons constaté l'emploi de plusieurs références législatives, entre autres des liens non capitalistiques.

Ainsi, dans le but de clarifier cette notion, nous essayerons dans un premier temps d'élaborer une définition précise de la filiale, pour pouvoir distinguer ce concept d'une autre entité similaire, celle de succursale.

I- La notion de société filiale

62. Selon l'article L.233-1 du Code de commerce français¹⁰⁹ une filiale est une société dont le capital est détenu au moins à 50%¹¹⁰ par une autre société qui est alors qualifiée de société mère¹¹¹. Il s'agit d'une définition légale qui ne recouvre pas toutes les hypothèses de contrôle précitées. Cela souligne en effet qu'il existe en droit français une certaine différence entre société contrôlée et société filiale. Ainsi le contrôle exercé sur la première n'est pas forcément fondé sur la détention par la société contrôleuse de la majorité de son capital, mais sur l'existence des liens de subordination extra-capitalistiques, tels ceux issus

109 Cet article dispose que : «lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la société est considérée pour l'application du présent chapitre comme filiale de la première»

110 À l'exclusion, le cas échéant, de la fraction de ce capital correspondant à des actions à dividende prioritaire sans droit de vote (C.com., art. L.228-35-11)

111 Voir aussi, A. Charveriat, *op.cit.*, p.17

des droits de vote ou de l'action de concert¹¹².

De plus, il existe en l'espèce deux types de sociétés contrôlées : une régie par l'article L. 233-3, et une soumise à l'alinéa 16 de cet article. Cependant, la qualité de filiale ne peut être acquise que lorsque le capital de cette société est détenu au moins à 50% par la société mère¹¹³. Ce taux de participation, comme l'explique Grimonprez¹¹⁴, peut constituer une présomption d'absence d'autonomie de la filiale en faveur de la société-mère, tandis que pour les autres types de contrôle, il faut établir l'existence de ce dernier.

63. Revenons à la notion de filiale. De nombreuses discussions et initiatives ont précédé l'élaboration et l'adoption dudit article L. 233-1 en 1966 (date de la loi commerciale en vigueur). Ainsi, un premier projet de réforme présenté par l'A.N.S.A.¹¹⁵ (en août 1944) proposait de fixer la barre au-delà de laquelle la participation supérieure à 35% d'une société dans une autre rend celle-ci filiale, tout en admettant un contrôle indirect ; c'est-à-dire une participation par une filiale interposée à une sous-filiale. Quelques années plus tard, un autre projet augmentait considérablement le pourcentage à retenir, il était alors question de 67% de manière à détenir un contrôle omnipotent même dans les assemblées générales extraordinaires¹¹⁶. En contrepartie, la société mère aurait été

112 Voir D. Vidal, op.cit., p. 106 : « On aura noté ainsi que la notion de société contrôlée qui inclut celle de filiale, est plus large que cette dernière, puisqu'elle retient la notion plus économique de pouvoir de fait exercé dans les assemblées » ; voir aussi A. Charveriat, op.cit., p.18 : « la définition du groupe par de simples critères mathématiques est aujourd'hui dépassée. La notion de contrôle prévue par le Code du commerce, amène souvent les praticiens à retenir une définition plus large de la filiale que celle figurant à l'article L. 233-1 du Code de commerce. » Néanmoins, il semble important de prendre en considération la multiplicité conceptuelle, compte tenu des différentes règles liées à chaque terme juridique. La filiale n'est pas véritablement synonyme de la société contrôlée au sens de l'article 233-3, et ces dernières ne sont pas non plus équivalentes de celle contrôlée au sens de l'article 233-16. Chacune de ces trois jouit de son caractère et de son rôle propre.

113 L'article L. 512-17 du Code de l'environnement (issu de la loi dite Grenelle 2 portant engagement national pour l'environnement, adoptée par le Sénat le 8 octobre 2009) renvoie à la notion de filiale prévue à ce texte pour régir la responsabilité de la société mère consécutive à des atteintes à l'environnement commises par la filiale. Ce texte sera étudié dans la seconde partie. V. infra, n° 728 et s.

114 V. B. Grimonprez, op.cit., p. 720

115 L'Association Nationale des Sociétés par Actions a été créée le 6 novembre 1930. L'article 3 de ses statuts définit le but de sa création par les rôles suivants :

-Étudier toutes les questions intéressant directement ou indirectement la constitution et le fonctionnement des sociétés par actions ;

-Organiser tout office de renseignements pour le public et participer au fonctionnement d'offices pouvant exister.

-Rechercher et appliquer tous les moyens propres à développer leur prospérité et leur facilité d'existence ;

-Assurer, par tout moyen, la défense des intérêts économiques, financiers et moraux, tant pour lesdites sociétés que pour leurs actionnaires ;

-Étudier et préparer tous les documents pouvant servir aux modifications de la législation en vigueur ;

-Créer ou aider toute publication pouvant être utile à l'A.N.S.A. et au développement de son action ;

-Organiser tout office de renseignements pour le public et participer au fonctionnement d'offices pouvant exister.

116 V. M. Germain, *Groupe de sociétés*, Rép. Sociétés, Dalloz, octobre 1997. p. 4.

responsable des dettes de ses filiales, règle inspirée du droit anglais¹¹⁷. Le législateur a choisi une réforme médiane rejetant une dernière proposition de la Commission PLEVEN, qui aurait préféré qu'on utilise le terme de « filiale » pour une détention supérieure à 10% du capital et que l'on tienne compte du contrôle direct et indirect sur la gestion. Mais seul le contrôle direct du capital à 50% de participation a été finalement retenu et adopté.

64. Néanmoins, la filiale en tant que telle doit obligatoirement prendre la forme d'une société personne morale autonome¹¹⁸, peu importe qu'elle soit civile ou commerciale. Le Code de commerce français, à la différence du libyen, n'impose aucune règle impérative limitant le choix de la forme sociale de la filiale, laissant ainsi à la société mère toute initiative pour ce choix¹¹⁹. Cette dernière pourrait opter pour une filiale dans laquelle sa responsabilité soit indéfinie et solidaire, ou, à l'inverse, limitée à ses participations. Dans l'organigramme des groupes, on peut trouver un certain nombre de sociétés de personnes (SNC ou SCS) dont le régime fiscal les soumet à l'impôt sur le revenu et non à celui des sociétés. Par exemple, lorsqu'une filiale revêt la forme d'une SNC, structurellement déficitaire, la transparence de cette formule sociale permet de faire remonter ses déficits jusqu'à la société mère ; de cette façon, le déficit de la filiale est imputé aux résultats de la société mère¹²⁰. Outre cet avantage, la société mère jouit d'une grande marge de manœuvre sur l'organisation de la direction de sa filiale SNC : il n'est pas nécessaire pour cette dernière, que le gérant soit une personne physique ou morale, parmi les associés ou des tiers (art. L 221-3 C. com fr/ 45 C.soc lib). Dans un groupe, souvent le gérant est un cadre non associé, nommé soit par la mère, soit par les autres associés de sa filiale. Il n'est pas rare ainsi qu'une société mère embauche un salarié assumant la qualité de gérant au sein de sa filiale SNC. Ce dernier aura alors les moyens d'exercer la gestion interne et externe de la filiale, tout en profitant de sa qualité de salarié de la société mère. La société mère peut en

117 Le législateur libyen a adopté cette règle à travers l'article 255 du Code de commerce, relatif aux sociétés holdings qui prévoit « *La société holding n'est pas responsable des dettes de ses filiales. Mais elle le sera au cas où celles-ci font faillite et que ses participations dans leurs capitaux dépassent 75%* »

118 Voir : B-S. Algado, *op. cit.*, p. 58 : « *les filiales sont des personnes juridiquement distinctes quelle que soit la participation de la société mère dans leur capital* » ; J-P. Le Gall, *Groupe de sociétés, op.cit.*, p.4. « *Chaque filiale garde sa personnalité propre, peut être gérée de manière indépendante et dispose d'une liberté de moyens pour atteindre les objectifs fixés par la société mère.* »

119 Voir : C. Malecki, *Les dirigeants des filiales*, Rev. soc. 2000., p. 453 : « *la filiale peut être une SARL, une EURL, une SA classique ou duale, une société en commandite par actions ou encore une SAS* » ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *précité*, p. 665 : « *lorsque la filiale revêt la forme d'une société de personnes, une SNC par exemple, elle relève de l'impôt sur le revenu...* »

120 Cet avantage fiscal n'est pas en fait à l'abri de certains risques. Ainsi la société mère, en tant qu'associée indéfiniment responsable, perd de son intérêt avec ce régime d'intégration fiscale lorsque la filiale fait de mauvaises affaires, d'autant plus que le recours à cette forme sociale l'expose au paiement des dettes de sa filiale en cas de cessation de celle-ci. Voir, M. Cozian et *alter, idem*, p.666

revanche maintenir le gérant sous sa coupe dans la maîtrise de la conduite des affaires sociales¹²¹.

65. D'autre part, la société en commandite simplifiée (SCS) peut être adéquate au choix de la forme sociale de la filiale, notamment au regard de la diversité de sa direction, et de celle de la responsabilité de ses associés. Cette forme peut être appréciée en vue d'inciter les tiers à participer au financement de la filiale aux côtés de la société mère. Ceux-ci auront la qualité d'associés commanditaires et la société-mère conservera celle de commandité. En conséquence, cette dernière endossera la responsabilité illimitée et solidaire envers les créanciers de sa filiale, et assumera, en contrepartie, la direction de cette dernière. Cependant, ses coassociés commanditaires sont dépourvus de tel avantage, moyennant quoi ils ne seront responsables aux dettes sociales qu'à concurrence de leurs participations. Par contre, la société mère peut constituer sa filiale SCS en participant majoritairement à son capital et en se dotant de la qualité d'associé commanditaire. Cela dit, elle aura le droit de contrôler les assemblées générales de cette filiale, en intervenant notamment sur la désignation et la révocation des gérants, sur la modification des statuts et sur l'approbation des comptes annuels¹²². Autrement dit, elle sera en mesure de dominer sa filiale en éludant toute responsabilité qui en résulterait. Malgré ces avantages, le choix de la forme d'une SCS n'échappe pas à certains inconvénients, s'agissant surtout de la complexité du statut fiscal de cette société et ses associés. Au niveau des groupes, lorsque la société mère est associée commanditée, elle doit être soumise au régime fiscal des sociétés de personnes. Cela implique que tout bénéfice réalisé par la filiale en commandite sera imposé dans le patrimoine de la société-mère, de même que les pertes de cette filiale doivent être imputées aux résultats de cette dernière. Alors que dans le cas d'une société-mère commanditaire, l'impôt sur les bénéfices qui lui sont versés est réglé par sa filiale commandite simple au titre de l'impôt sur les sociétés. Cette situation marque en fait une dualité du régime fiscal lourde à gérer¹²³.

Quant au droit des sociétés libyen, les règles en l'occurrence semblent à peine différentes concernant la société holding, car l'article 236 du Code de commerce prohibe l'acquisition par cette société des participations dans une société en nom collectif ou en commandite simplifiée. Ces deux dernières ne peuvent être filiales d'une société holding,

121 V : M. Cozian et alter, *ibidem*, p. 669 ; C. Malecki, *les dirigeants des filiales*, *op.cit.*, 2000 p.453.

122 V. P. Le Cannu et Dondero, *op.cit.*, p. 904

123 Voir Les règles afférentes aux sociétés en commandites en général, *ibidem*, p. 905

bien qu'elles le puissent pour une société mère en l'absence d'un texte prohibitif.

66. S'agissant des sociétés à risque limité, il est aussi de la compétence de la société mère de choisir la forme sociale de sa filiale. Ainsi, plusieurs possibilités lui sont offertes. La société anonyme se présente comme un outil financier et administratif adéquat pour la constitution de la filiale. Elle est largement adoptée par les grandes entreprises vu sa capacité à la concentration des capitaux que demandent les investissements de ces entreprises, notamment au niveau international. Elle permet de réunir un nombre illimité d'actionnaires, et donc de capitaux très importants. Sa cotation sur le marché financier facilite davantage son financement et conduit à sa régularisation en cas de manquement aux conditions relatives au nombre d'associés. Sur le plan de la direction, les associés disposent des pouvoirs répandus à l'égard des assemblées générales de cette société, de même qu'à l'égard de son conseil d'administration. Il en va également de même pour la SA dualiste dont les associés jouissent des mêmes pouvoirs face au directoire et à son conseil de surveillance. Ainsi, les droits de vote peuvent être utilisés dans les assemblées générales par l'associé même. Ils peuvent aussi être dissociés de leurs titres et utilisés par d'autres personnes que leurs titulaires, tel qu'un mandataire ou un cessionnaire. Cependant, au sein du conseil d'administration, la direction de la SA se caractérise par une large flexibilité, notamment après la loi n° 2008-776 du 04 août 2008 (inhérente à la modernisation de l'économie) qui a permis aux associés de choisir les organes du conseil d'administration parmi les tiers¹²⁴; ce qui confère à ceux-ci une possibilité d'être investis dans une telle fonction. De plus, le président du conseil, le directeur général, et les directeurs généraux délégués doivent être des personnes physiques, choisis par le conseil d'administration parmi ses organes ou parmi des tiers. Lorsqu'il s'agit d'une SA de structure nouvelle (SA dualiste), la qualité d'actionnaire n'est pas, en principe, requise pour les membres du directoire, ni pour les organes du conseil de surveillance (C. com. art. L. 225-72). Mais de telles fonctions doivent être attribuées à une personne physique.

67. Les sociétés mères apprécient donc la forme de SA, attendu les avantages qu'elle présente pour la concentration des pouvoirs au sein des groupes. En effet, ces sociétés peuvent se faire désigner ou nommer d'autres personnes subordonnées comme dirigeant ou membre de surveillance dans une ou plusieurs filiales (art. 225-21-2 et 225-94-1 C.com)¹²⁵.

124 Cette disposition a été codifiée sous l'article L. 225-25 du droit commercial qui prévoit « *les statuts peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société, qu'ils déterminent* ».

125 Cela représente pour le dirigeant ou le surveillant une dérogation au premier alinéa desdits articles,

Elles ont également vocation à s'octroyer les droits de vote de leurs coactionnaires en vue de les utiliser à leur lieu et place et ainsi de verrouiller leur contrôle sur leurs filiales.

Toutefois, malgré ces attributs, le choix de cette forme pour la filiale n'échappe pas à certains inconvénients, notamment en raison de la pluralité exigée pour sa création et sa direction. Pour la constitution, il faut au moins sept actionnaires, nombre qui est parfois difficile à trouver, notamment dans les petits groupes, et indésirable pour les sociétés mères qui veulent protéger leurs groupes de toute fuite d'informations issue de l'immixtion par les tiers dans les assemblées générales de leurs filiales. Cette condition pourrait être à l'origine de la dissolution de la société filiale en cas de réduction de ce nombre et que la société mère ne régularise pas la situation dans le délai d'un an¹²⁶. Néanmoins, pour éviter ce lourd impact, la société mère peut en l'état transformer sa filiale anonyme en SAS.

En ce qui concerne la pluralité de la direction, elle s'imposerait comme un obstacle à l'aménagement libre des pouvoirs au sein de la filiale. Même si la société mère pouvait se désigner dirigeant de celle-ci ou nommer d'autres personnes à une telle fonction, il reste toujours envisageable qu'elle soit en conflit avec ses codirigeants. Il s'ajoute à ces deux désavantages, la qualité de personne physique exigée pour la fonction de président du conseil, de directeur général, des directeurs généraux délégués, ainsi que des organes du directoire dans la SA de type moderne. La société mère n'est pas en mesure d'assumer, directement ou par l'intermédiaire de ses autres filiales, cette qualité dans sa filiale. Cependant cette exigence est adoucie par le fait que cette société peut investir un de ses salariés ou de ceux de ses filiales pour occuper ces postes.

68. En outre, le régime de la société par actions simplifiées (SAS) jouit d'un rôle primordial dans le groupe de sociétés¹²⁷. Ce type social a été en effet conçu par ses

laquelle est en faveur des sociétés contrôlées au sens de l'article 233-16 du Code de commerce, car cet alinéa interdit, en principe, qu'une seule personne physique cumule en même temps plus de cinq mandats d'administrateur ou de surveillant d'une société anonyme ayant son siège sur le territoire français. Cette interdiction ne s'applique cependant pas aux personnes morales qui peuvent cumuler autant de postes d'administrateurs qu'elles le désirent. V. M. Cozian et ses coauteurs, *op.cit.*, p.244.

126Selon l'article L. 225-247 du Code de commerce « le tribunal de commerce peut, à la demande de tout intéressé, prononcer la dissolution de la société si le nombre d'actionnaires est à moins de sept depuis plus d'un an. Il peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, le jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu ».

127 La société par action simplifiée est une forme de société commerciale, créée par la loi n° 94-1 du 3 janv. 1994 (anciens art. 262-1 à 262-20) dont les principaux textes sont intégrés dans le Code de commerce (art. L. 227-1 à L. 270-20). Elle a été modifiée par la loi n° 99-587 du 12 juill. 1999 dont l'objet est d'ouvrir à toute personne la possibilité d'être associé dans cette forme. Elle a permis la constitution de cette société par une seule personne physique ou morale. Dernièrement, cette société a été remodifiée par la loi du 4 août 2008 qui a aboli presque toutes ses insuffisances concurrentielles au regard de la société à responsabilité limitée. Désormais cette société peut compter parmi ses associés, des participants en industrie (art. L. 227-1 C.com).

instigateurs comme un mode approprié aux filiales communes réservées à de grandes sociétés¹²⁸. Son originalité réside dans la capacité de fonctionnement que lui confèrent les textes du Code de commerce¹²⁹. Les associés jouissent d'une large liberté pour effectuer un aménagement des pouvoirs au sein de cette société dont l'organisation interne est librement déterminée par les statuts¹³⁰. La société mère y trouve une grande faculté pour contrôler ses filiales puisque leur direction peut être confiée à une seule personne physique ou morale¹³¹, parmi les associés ou des tiers. De plus, à compter du 4 août 2008, la société mère peut créer des filiales dotées de cette forme sociale, avec le capital fixé librement par leurs statuts (C. com. art L. 227-2-2). Elle peut également être une associée en industrie dans ces filiales, et devenir ainsi titulaire d'actions inaliénables¹³².

Ce type de société semble, d'ailleurs, très similaire à la SA libyenne. Ces deux sociétés jouissent de la même flexibilité afférente à leur constitution et à leur direction. Les seules différences résident cependant dans le fait que le droit libyen ne reconnaît la SASUP que lorsqu'il s'agit d'une filiale d'une société holding¹³³ et qu'il exige que la majorité des membres du conseil d'administration ainsi que le président de ce conseil soient libyens.

69. D'autre part, s'approche davantage de cette forme sociale la SARL dont la direction peut être confiée à un seul gérant, associé ou tiers, de nationalité française ou étrangère¹³⁴. La différence essentielle réside cependant dans le fait que la gérance de cette

V. P. Le Cannu et B. Dondero, *op. cit.*, p. 638.

128 V. P. Le Cannu et B. Dondero, *ibidem*, p. 637; Voir aussi, les Groupes Centre de Recherche sur les Organisations et les Groupes Centre de Droit des Affaires, Université Toulouse 1- Science Sociale., *Le droit de modernisation de l'économie, que reste-t-il du charme des SARL?* RJC., 52e année, Septembre/ octobre 2008-novembre 5. p. 359.

129 F. Masquelier, et N-S De Kergunic, *Sociétés par actions simplifiées (Création, Gestion, Évolution. DELMAS)*, 4^e éd, 2005.

130 Voir : P. Le Cannu, *Le contrôle d'une SAS par la mère d'une société minoritaire et par les cadres de celle-ci.*, note sur conseil d'Etat., *Rev. soc.* 2008 p.104. Il enseigne en ce sens que « les statuts d'une société par actions simplifiée, on le sait, peuvent contenir des clauses qui s'éloignent très nettement des principes applicables aux sociétés anonymes, notamment quant à l'égalité des actionnaires et aux modalités de prise des décisions de gestion (au sens légale)... »

131 A la différence de la SA, la SAS peut être dirigée par un seul président, personne morale tierce. Les statuts peuvent également, à côté du président, créer des organes collégiaux, avec toute liberté de fixer leur dénomination (conseil d'administration, comité directeur, comité exécutif, bureau, etc...) ainsi que leurs fonctions respectives, et le mode de décision (majorité, simple, etc...) V. M. Cozian et al., *op. cit.*, p. 404.

132 v. *Les Groupes de recherche sur les organisations et les Groupe Centre de Droit des Affaires*, *op. cit.*, p.360.

133 Selon l'article 99 du Code de commerce « la société anonyme peut être créée par une décision du conseil d'administration de la société holding ». Et selon l'article 34 al. 2 du même Code « l'union des actions dans la main d'un seul associé ne provoque pas la dissolution de la société si cet associé est une société holding ». Ces dispositions sont intervenues récemment au droit libyen (en janvier 2010). Pour la première fois ce droit laisse une certaine possibilité à l'existence de la société (ou l'entreprise) privée unie-personnelle.

134 Mais dans ce dernier cas il sera soumis à l'exigence d'un titre de séjour s'il n'a pas la nationalité française ou une nationalité assimilée (UE, EEE, convention internationale).

société ne peut être attribuée qu'à une personne physique. Une société mère ne peut s'attribuer une telle fonction dans sa filiale, mais ses salariés ou ceux d'autres filiales le peuvent librement¹³⁵. De plus, ce type de société présente un autre avantage pour la filiale commune, dont les parts se réunissent dans une seule main. Cette unicité ne provoque pas la dissolution de la société, puisque l'article L. 233-4 du Code de commerce élimine l'applicabilité de l'article 1844-5 du Code civil qui prévoit cette règle générale. Une filiale SARL se mute ainsi en EURL si l'ensemble de ses parts est dévolu à sa mère¹³⁶.

70. Par ailleurs, la société en commandite par actions (SCA) conserve ses avantages malgré son fonctionnement complexe dû à la superposition de deux catégories d'associés dont les droits et les obligations sont différents¹³⁷. Elle permet de faire appel à des capitaux extérieurs, notamment par appel public à l'épargne, tout en maintenant la direction de la société dans un cercle fermé de personnes. Son statut juridique laisse aux associés toute latitude pour nommer ses gérants parmi eux ou parmi des tiers, personnes physiques ou morales. Les dirigeants peuvent administrer la société comme ils l'entendent ; ils sont investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (art. L. 226-7 C. com). Les statuts ne peuvent pas limiter ces pouvoirs (al.3)¹³⁸. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un groupe de sociétés, la société mère en qualité d'actionnaire majoritaire commandité exerce les pouvoirs les plus larges à l'égard de sa filiale SCA. Elle pourrait

¹³⁵ S'agissant du droit libyen, le Code de commerce n'exige pas la qualité de personne physique pour le gérant d'une SARL, permettant ainsi à la société mère ou aux sociétés filiales de s'attribuer une telle fonction.

¹³⁶ Telle disposition n'existe pas en droit libyen dont l'article 21 du Code commerce prévoit la dissolution anticipée de la société en cas de réunion des actions ou des parts sociales dans une seule main. Bien que l'alinéa 3 de cet article élimine la dissolution lorsque l'associé restant est une holding, il ne s'applique en l'occurrence qu'aux sociétés dont les titres réunis sont des actions. Aux termes de cet article « 1- en cas de dévolution de toutes les actions ou les parts sociales à une seule personne, tout intéressé peut demander au tribunal la dissolution de la société si cette situation avait continué/ a persisté sur un an ; 2- le tribunal n'a pas à décider la dissolution si la situation était régularisée avant le prononcé du jugement; 3- cette disposition n'a pas à s'appliquer si les actions sont dévolues à une société holding ».

¹³⁷ Au sens de l'article L. 226-1 du Code de commerce, dans la société en commandite par actions, le capital, divisé en actions, est détenu par des associés commandités – qui répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales – et par des associés commanditaires – qui ont la qualité d'actionnaires et dont la responsabilité est limitée à leurs apports –. Cette société est réputée commerciale en raison de sa forme (C. com. art L. 210-1). Elle comporte deux types d'associés : des associés commandités (qui sont commerçants de plein droit, et dont la responsabilité aux dettes sociales est indéfinie et solidaire), et les associés commanditaires (qui ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports). La société est dirigée par un ou plusieurs gérants, personnes physiques ou morales, choisis parmi les associés commandités ou des tiers.

¹³⁸ V. B-S. *Algado, op. cit.*, p. 232. Il s'agit dans cette affaire d'un actionnaire personne physique qui détenait la majorité absolue du capital d'une SA. Parmi les actif de celle-ci, une participation majoritaire dans le capital d'une autre SA. L'assemblée générale de la société mère a décidé de céder cette participation à une nouvelle société, constituée sous forme d'une commandite par actions, laquelle vient s'interposer entre l'ancienne société mère et sa filiale. L'actionnaire majoritaire de la société mère acquit la qualité de commandité, seul gérant statutaire de la commandite. Voir plus de détails sur cette affaire, *Cass. com.* 24 janv. 1995. *Rev de soc* 1995, p. 46, note JeantinMichil.

conserver la gestion de cette dernière, en se désignant comme gérante unique, ou encore la confier à un ou plusieurs de ses salariés, de ses autres filiales ou des salariés de celles-ci, etc. Du reste, même lorsqu'il s'agit d'une société actionnaire minoritaire dans une SCA, il est possible que cette société y assume la qualité de mère, soit en tant qu'unique commandité, ou par le contrôle d'une autre société mère de la SCA.

71. De surcroît, la société civile peut être filiale d'une société commerciale, peu importe la forme de cette dernière. Le Code de commerce français n'interdit pas à une société commerciale d'avoir des participations dans une société civile. Il laisse une grande latitude aux rédacteurs des statuts de celle-ci pour répartir les pouvoirs entre ses assemblées générales et ses gérants¹³⁹. Cette souplesse encourage les sociétés mères à adopter cette forme pour leurs filiales afin d'y maintenir leur contrôle¹⁴⁰. En revanche, il n'est pas rare qu'une société commerciale soit filiale d'une société civile holding. Cette forme est souvent préférée lorsque la holding veut verrouiller son contrôle sur une entreprise familiale et en vue d'éviter qu'une part importante de son capital ne soit cédée à une personne indésirable. La société civile regroupe donc les membres de la famille qui acceptent de constituer la filiale d'exploitation sous forme de société civile ou commerciale¹⁴¹.

II- Distinction entre filiale et succursale

72. Il n'existe en droits français et libyen aucune définition pour la succursale bien qu'il y ait certaines règles qui y soient relatives¹⁴². En doctrine la succursale est souvent définie comme un établissement permanent, dépendant économiquement du siège principal, et jouissant juridiquement de certaines prérogatives pour représenter la société à l'égard des tiers et devant la justice¹⁴³. Cette entité ne dispose d'aucune personnalité juridique propre,

139 Sur le plan de la direction, les statuts peuvent valablement prévoir soit un nombre de gérants fixe, soit un nombre variable. Ils peuvent également se contenter d'un seul gérant ou laisser aux associés le soin de fixer eux-mêmes ce nombre (*C. civ. art 1846-1*). De plus, une personne morale peut être nommée gérante d'une société civile, l'acte de nomination doit en l'occurrence indiquer les noms des représentants de la personne morale. V. *Sociétés civiles, aspects juridique, fiscale, sociale, comptable*, ouvrage conçu et réalisé par la rédaction des *Éditions Francis Lefebvre*, 2010, p. 162 et s. Cette flexibilité donne aux sociétés mères une bonne marge de manœuvre dans l'organisation de la direction de leurs filiales. Elles peuvent se faire désigner gérante unique de celles-ci, ou choisir une ou plusieurs personnes parmi leurs salariés ou ceux de leurs filiales, voire parmi ces filiales elles-mêmes, pour exercer une telle fonction.

140 Voir aussi, *P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., p.994*.

141 Voir, *A. Harveriat et al., op. cit., p. 31*

142 Voir *A Harveriat et al., op.cit., p. 109*. Voir aussi *M. Germain, Groupe de sociétés, op.cit., p.6*

143 V. *E. Nassif, Les sociétés commerciales, Al-Waidat Pairoit-Paris, 2e éd 1992. p. 504*. Elle est définie par le dictionnaire Cornu comme «l'établissement secondaire sans personnalité juridique propre, mais doté d'une certaine autonomie de gestion.». *Le Dalloz action droit et pratique des baux commerciaux* précise quant à lui que la succursale est «un établissement distinct du fonds principal, qui, sans cesser de dépendre de ce fonds

distincte de celle du siège principal de la société¹⁴⁴, mais elle constitue le prolongement géographique et économique de ce siège¹⁴⁵. Selon la Cour de Justice des Communautés Européennes, la notion de succursale « implique un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvue d'une direction et matériellement équipée de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de façon telle que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constituent le prolongement¹⁴⁶».

A- Les différences entre filiale et succursale

73. D'après ces deux définitions, on remarque que la différence substantielle entre filiale et succursale se caractérise par l'absence de personnalité juridique pour cette dernière. D'une telle absence ressortent certains effets qui sont les points de distinction entre les deux notions. Ainsi, la succursale ne dispose d'aucun patrimoine ou objet distinct de ceux de l'établissement principal. Par voie de conséquence, tous les biens servant à l'exercice dans sa sphère d'activité appartiennent à cet établissement. Son rôle se borne à assurer, auprès de la clientèle, l'activité qui répond à l'objet de la société dont elle dépend étroitement. Quant aux tiers, ils savent que derrière la succursale à laquelle ils s'adressent en raison de la proximité, c'est la maison principale qui contracte¹⁴⁷. La succursale ne

principal, ni bien sur acquérir la personnalité morale, jouir d'une certaine autonomie, notamment parce que le préposé placé à sa tête a le pouvoir de traiter directement avec les tiers». (n°710.10, p.786).

144V. T-X. Iradot, *Notion de succursale, d'agence et de transaction immobilière*, JCP E, n°18, 6 mai 1999, p.817. Ch. Champaud, *Société commerciale par la forme. Immatriculation au RCS, opposabilité du statut commercial au propriétaire d'un local d'exploitation d'un établissement secondaire*, RTD. Com. 1992 p. 183. Ch. Denizot, *Fonds de commerce et succursale*, JDI, 2009 p. 864.

145V. P. Hainaut-Hamende, *Les sociétés anonymes - constitution et fonctionnement* – Larcier, 2005. p. 137. Voir aussi E. Nassif, *op. cit.*, p. 504 ; et T. Granier, *Règles de compétence propres aux sociétés et à leurs succursales, agence ou établissements posées par les conventions de Bruxelles et de Lugano, répertoire du droit des sociétés*, septembre 1999, n°148.

146 V. CJCE 22-11-1978 : *Rec. p.2183* ; voir aussi, CJCE 6-4-1995 : *RJDA 8-9/95 n° 1062*.

147 On distingue souvent parmi ces biens le fonds commercial qui n'a pas fait l'objet d'un accord doctrinal ou jurisprudentiel sur son propriétaire en cas d'exploitation par une succursale. Traditionnellement, cette dernière est considérée comme un fonds commercial détenu par son propriétaire, personne physique ou morale. Tous les droits et les obligations relatifs au commerçant ne sont pas imputables à la succursale en tant que telle, mais à son propriétaire. En revanche, il existe d'autres autorités estimant qu'une telle entité économique peut détenir un fonds de commerce. La jurisprudence française semble encline à cet avis. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu en octobre 1991, une société avait pris à bail un local pour y exploiter un fonds secondaire de son fonds principal par le moyen d'une succursale. A l'expiration du bail, le propriétaire du local avait refusé le renouvellement au motif que l'exploitant (la succursale) ne pouvait bénéficier du droit au renouvellement des baux commerciaux faute d'être inscrit en tant qu'établissement secondaire, au registre du commerce et des sociétés. La Cour d'appel a suivi la thèse du bailleur en décidant qu'à défaut d'avoir régulièrement inscrit un établissement secondaire au RCS, comme il se doit, la société commerciale qui l'exploite ne pouvait opposer sa qualité de commerçant régulièrement inscrit au RCS au

dispose pas non plus d'une dénomination sociale, mais elle est considérée comme un fonds de commerce portant le nom de l'établissement propriétaire. De plus, la succursale ne peut avoir une personnalité propre, mais elle est détenue par la société mère comme des biens inclus dans son patrimoine. De ce fait, la succursale se différencie nettement de la société filiale qui est légalement reconnue comme une personne morale indépendante de ses associés et en conséquence jouit de tous ses attributs¹⁴⁸.

B- Les points communs entre la filiale et la succursale

74. En dépit de l'absence de personnalité morale, on reconnaît à la succursale certains caractères proches de ceux des personnes. Ainsi, elle se révèle aux tiers par une installation matérielle appropriée à l'objet de son exploitation. Elle a ses clients propres, avec qui elle peut agir indépendamment de l'entreprise mère, peut émettre des factures au nom et pour le compte de celle-ci et payer toutes les obligations issues de son activité. D'autre part, la succursale est dirigée par un préposé désigné par la maison principale. Ce dernier dispose d'une certaine autonomie de décision. Il est en mesure d'engager l'établissement principal vis-à-vis des tiers, et d'ester en justice en cas de conflits qui surviendraient à l'occasion de l'exercice de son activité. Cette autonomie se justifie souvent par des considérations pratiques portant tant sur la distance entre son siège d'activité et celui de la maison

propriétaire des lieux où la succursale est exploitée, et, qu'en conséquence, ne pouvait invoquer le bénéfice du statut des baux commerciaux. Cette société perdait alors tout droit au renouvellement du bail du local en cause. On comprend des termes de cet arrêt que la Cour d'appel aurait dû reconnaître la qualité de commerçant propriétaire du fonds à la succursale si celle-ci avait été immatriculée au RCS avant de présenter la demande de renouvellement de sa propriété commerciale. C. Champaud a critiqué cet arrêt en raison qu'il a ignoré que les sociétés commerciales sont juridiquement commerçantes par leur forme. Or, en l'occurrence, le locataire était la société et non la succursale ou son dirigeant (C. Champaud, *op. cit.*, p.184); voir encore en même sens Ch. Denizot, *op. cit.*, p. 865 : « ...étant rappelé que la succursale n'ayant pas la personnalité morale, le titulaire du bail est toujours l'entreprise. Si l'on considère que la succursale ne dispose pas d'un fonds de commerce autonome, l'entreprise qui en est, quant à elle, titulaire, ne perdra pas par principe son fonds si elle est expulsée d'un local ». De son tour, la Cour de cassation tend à reconnaître à la succursale et à l'agence la qualité de commerçant. Ainsi, dans un arrêt déjà ancien, elle a jugé que le bureau local dans lequel une société bancaire reçoit une clientèle régionale ou des passages et accomplit des opérations de banque, constitue, non un local accessoire, mais un local principal où un fonds de commerce est exploité (Cass. civ. 3E, 12 févr. 1971, *bull. Civ. III*, n°112). Plus récemment, en juillet 2009, la même Cour a dû statuer sur une affaire concernant un établissement bancaire qui avait signé un bail unique pourtant sur 45 agences distinctes. La Cour de cassation a eu à déterminer si l'entreprise principale (la banque) à succursales multiples, bénéficie elle-même du fonds de commerce. Elle a affirmé que « l'existence d'une clientèle plus spécialement attachée à chaque agence local ne faisait pas obstacle à la reconnaissance d'un fond de commerce général lié au nom commercial de la société banque ».

Dès lors, à partir de ces décisions, on constate qu'il existe un fonds de commerce général au profit et de l'entité bancaire et de chacune des agences ou succursales. En dépit de l'insistance de certains auteurs sur la formalité classique de la personnalité juridique, il apparaît que cette prise en compte par la jurisprudence de tels effets patrimoniaux de la succursale et des autres entités similaires, favorise en quelque sorte une reconnaissance juridique implicite de la notion d'entreprise (détachée de sa forme légale). Elle méritant à ce titre d'être saluée.

148 V. notre mémoire de master, *op.cit.*, p.17.

principale, que sur la division des tâches dans l'entreprise en entier. En effet, bien que la succursale serve en particulier l'activité principale de la société, elle en est souvent détachée géographiquement, et destinée à long terme à constituer un noyau supplémentaire de celle-ci.

75. D'autre part, sur le plan législatif, les droits français et libyen imposent aux sociétés qui procèdent à la constitution d'une succursale des obligations similaires à celles de la formation des filiales. Elles doivent par exemple procéder à son immatriculation au registre de commerce dans un délai de 10 jours¹⁴⁹, de même que détenir un bilan indépendant révélant leur état financier. Ce bilan doit être contrôlé par un commissaire aux comptes externe à la société principale, et déposé au registre de commerce dans les 10 jours suivants son achèvement (C. soc. art. 348). De plus, tous les actes que le dirigeant de la succursale passe sont imputables à la société mère, sauf s'il est prouvé que le tiers contractant est de mauvaise foi (C.soc, art.350).

Dès lors, la succursale est un établissement certes permanent mais seulement un établissement secondaire où, sous le contrôle du siège social, on se livre habituellement avec des tiers à des opérations de commerce, ou encore « l'établissement dans lequel se font des opérations du même genre que celles que l'établissement principal conclut par l'intermédiaire des agents locaux de la société ».

Conclusion du chapitre préliminaire

76. L'absence d'une loi précise et détaillée pour les groupes de sociétés a donné lieu à beaucoup de controverses aussi bien sur la notion elle-même que sur l'étendue et les composantes du groupe. Elle revient pour les dirigeants des filiales et ceux de la société mère à opposer un pouvoir de droit à un pouvoir de fait. Les premiers, investis des compétences dévolues par la loi aux membres de direction ne disposent en effet que d'une marge de manœuvre bien limitée à l'égard des pouvoirs de faits qu'exerce le centre de direction de la société mère. Or, cette antinomie soulève en réalité des difficultés majeures liées à la protection des sociétés filiales et de leurs créanciers.

D'une part, l'immixtion par la société mère dans la gestion ou la direction de ses filiales peut déboucher sur un conflit d'intérêt entre les associés minoritaires de ces dernières et la société mère, lequel aboutit souvent à un abus de vote, de contrôle ou de

149 V. P. Beder, *Registre du commerce et des sociétés*, octobre 2008, *Répertoire du droit commercial*, n°99.

pouvoir imputé à cette dernière. D'autre part, les liens de subordination entre les sociétés filiales et leur mère peuvent induire des effets néfastes sur les rapports de travail entre ces dernières et leurs salariés. Le risque réside dans la soumission de la direction des filiales à l'intérêt global du groupe, qui peut justifier pour la société mère des opérations de transferts, de détachements, voire de licenciements économiques touchant les salariés des filiales.

77. De plus, l'ingérence de la société mère dans les affaires particulières de ses filiales peut induire pour leurs créanciers (*in stricto sensu*) une image fausse : elles ne seraient en réalité que des branches d'activité ou des succursales dépourvues de toute autonomie juridique à l'égard de leur mère. La société mère peut également y occuper un poste de dirigeant qui s'ajoute à sa qualité principale d'associée majoritaire.

De ce fait, et faute de réglementation particulière aux groupes, il convient de concentrer la recherche sur les règles générales du droit commun et sur certaines dispositions particulières à certains domaines d'activité. Pour des raisons de simplicité, nous diviserons notre étude en deux parties : une première sera destinée à la protection des créanciers internes des sociétés filiales, c'est-à-dire les associés minoritaires et les salariés ; et une seconde s'attachera aux créanciers externes de ces sociétés.

**Partie I : La protection des créanciers internes des sociétés filiales
(Associés minoritaires et salariés)**

78. Le point commun entre la notion de «société mère» et celle de «société contrôleuse» réside dès lors dans les rapports de contrôle entre ces entités et leurs filiales. La société mère a été définie par l'article L. 233-1 du Code de commerce français comme celle qui participe majoritairement au capital de sa filiale. Un seul critère est donc adopté en la matière, celui des participations majoritaires au capital social. La notion de société contrôleuse se fonde cependant sur plusieurs critères, essentiellement fondés sur l'exercice des pouvoirs de contrôle d'une société sur une autre¹⁵⁰. Un groupe peut être composé de plusieurs sociétés mères et filiales ou de plusieurs sociétés contrôleuses et contrôlées, voire de l'ensemble de ces entités.

Par ailleurs, au sein des sociétés filiales, plusieurs intérêts coexistent avec celui de la société mère¹⁵¹. Il est courant que ces dernières emploient dans leurs activités un ou plusieurs salariés liés avec elles par un contrat de travail ou une convention collective. On ne peut également manquer de trouver dans ces sociétés un ou plusieurs associés minoritaires. Une filiale est souvent constituée par sa mère en partenariat avec d'autres associés. C'est d'ailleurs une exigence en droit libyen qui n'admet pas la société unipersonnelle. Une société mère ou contrôleuse, même étrangère, n'a pas vocation à détenir la totalité du capital de sa filiale ; sinon, cette dernière doit être déclarée nulle si ce défaut de pluralité d'associés est contemporain de sa constitution. S'il survient *a posteriori* – au cours de la vie sociale –, la société-mère dispose d'un an pour régulariser la situation de sa filiale et éviter que celle-ci ne soit dissoute (C. com. art. lib. 34¹⁵²). La règle semble identique en droit français concernant les SA, SNC, SCA et SC, mais elle est totalement différente pour la SAS et la SARLUP, dont la création est concevable par une personne seule.

Toutefois, l'appartenance de la filiale à un groupe contrôlé par la société mère n'est pas sans effets néfastes sur ces deux catégories (salariés et associés minoritaires), car elle peut mettre en conflit leurs intérêts particuliers avec celui de la société mère. Les ouvriers, quand bien même seraient-ils désignés et payés par la société filiale, pourraient être

¹⁵⁰ Voir l'étude de ces critères, supra, n° 38 et s.

¹⁵¹ Pour raison de simplicité, nous utiliserons les termes «société mère et société filiale» en entendant à la fois la société contrôleuse et celle contrôlée.

¹⁵² Aux termes de cet article « 1- en cas de dévolution de toutes les actions ou les parts sociales à une seule personne, l'associé unique doit, dans un délai d'un an, procéder à la cession des actions ou des parts excédant les limites prévues dans ce droit. A défaut, la société est réputée dissoute de plein droit. 2- cette disposition n'a pas à s'appliquer si les actions ont été dévolues à une société holding ».

victimes de-décisions prises par la société mère qui menaceraient leur stabilité. La minorité des associés est également susceptible d'être la proie des actes égoïstes de la société mère (leur coassociée majoritaire). Cette dernière dispose en effet d'un nombre de droits de vote suffisant pour la tenue et la représentativité des assemblées générales de sa filiale et pourrait par ce fait y occuper un rôle prépondérant au sein du conseil d'administration. De telles positions nécessitent un encadrement juridique en mesure de conférer une protection efficace aux droits de ces deux catégories.

Nous aborderons dès lors en deux étapes le panorama des moyens juridiques garantissant la protection des associés minoritaires et des salariés de la filiale contre les actes fautifs de la société mère.

Titre I : La protection des associés minoritaires des filiales

79. D'une manière générale, la notion de «minorité» signifie que toute personne membre d'un groupement régi par la loi de la majorité doit se soumettre à la décision du plus grand nombre, ou se démettre¹⁵³. Dans le droit des sociétés, ce terme définit l'associé ou un groupe d'associés qui détient à l'assemblée générale une participation en capital inférieure à celle détenue par un groupe opposé¹⁵⁴. Les associés minoritaires sont donc gouvernés par une loi dont les règles afférentes à la prise de décision favorisent davantage leurs coassociés majoritaires¹⁵⁵. Ce fait pourrait paraître au premier abord en contradiction avec la justice, mais c'est en réalité un gage d'efficacité par rapport au droit commun qui exige la règle de l'unanimité. Il est plus utile pour la société de concentrer les pouvoirs décisionnels entre les mains de ses investisseurs majoritaires, étant à la fois les plus intéressés à sa prospérité et les plus lésés par sa défaillance.

Pour autant, la minorité d'associés ne devrait pas être livrée pieds et mains liés aux caprices de la majorité¹⁵⁶, surtout dans le cadre de groupes de sociétés où cette majorité est représentée par une société mère disposant souvent d'intérêts particuliers supérieurs à ceux de ses coassociés dans sa filiale, voire de sa filiale elle-même. Ces intérêts sont, du reste, favorisés par la jurisprudence française qui n'hésite guère depuis les années soixante à exonérer, sous certaines conditions, les dirigeants des groupes de sociétés du délit d'abus de

¹⁵³ Voir D. Schmidt, *Les droits de minorités et les offres publiques*. Réc. Dalloz 2007. p.1887.

¹⁵⁴ Voir D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, thèse de Doctorat, Université de Strasbourg. 1969. P.5.

¹⁵⁵ Voir C-A. Danglehant, *Le nouveau statut de minorité dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe de l'égalité*, Rev. soc. 1996, p. 217 ; voir aussi la thèse de D. Schmidt, *idem*, p.12.

¹⁵⁶ Voir M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, p. 186

biens sociaux lorsqu'ils passent des actes privilégiant d'autres sociétés au détriment des leurs¹⁵⁷.

De ce fait, dans le but de mettre en phase ces intérêts opposés, les deux Codes de commerce, français et libyen, comportent plusieurs dispositions impératives qui permettent d'éviter, sinon de limiter, l'éventualité de survenue de conflits d'intérêts. D'une part, les règles adoptées pour la prise de décision dans la société, surtout par actions, ne sont pas identiques à celles applicables dans la vie politique. Comme on le sait, la démocratie dans une société ne s'exerce pas par les associés en tant qu'individus, mais en tant que détenteurs d'une fraction du capital social. Plus cette fraction est importante, plus les pouvoirs qu'elle attribue à son propriétaire sont étendus. D'autre part, l'organisation de la société avec la séparation des pouvoirs, la responsabilité des dirigeants et des associés, et la présence éventuelle d'un commissaire aux comptes constituent déjà une garantie efficace pour la minorité contre l'abus de la majorité. La minorité d'associés dispose encore de certaines prérogatives propres comme celle de poser des questions écrites, de demander l'inscription de questions à l'ordre du jour, et de solliciter la désignation d'un expert de gestion ou d'un administrateur provisoire.

80. Néanmoins, malgré ces gages juridiques, dans le cadre des groupes de sociétés, la protection des minoritaires ne semble pas suffisante en raison de la position dominante que joue la société mère à l'égard de ses filiales. Comme N. Sauerwei l'a fait observer : « les sociétés membres du groupe ne sont en règle générale pas dominées pour être gérées dans leur propre intérêt, mais dans celui du groupe. Lorsque ces intérêts ne coïncident pas, l'intérêt du groupe prévaut sur celui des filiales. Il en découle un risque de non correspondance des intérêts avec la prévalence juridique de l'intérêt du groupe ¹⁵⁸ ». Cette opposition d'intérêts naît en réalité de la stratégie commune du groupe, qui conduit souvent la société mère à effectuer des transferts de bénéfices ou de capitaux d'une filiale à une autre au moyen de différentes opérations : conventions de trésorerie, de prêts, de transfert de technologie, etc. On ne peut méconnaître que de telles opérations sont préjudiciables aux associés minoritaires de la filiale débitrice, car elles les privent d'une partie importante des bénéfices, qui aurait dû leur être distribuée à titre de dividendes ou de boni de liquidation.

¹⁵⁷ Cf. infra n°523 et s.

¹⁵⁸ N. Sauerwein, *La responsabilité de la société mère, étude de droit Suisse*, Stämpfli Editions SA Berne. 2006 p.1

Dès lors, en présence d'une telle opposition entre l'intérêt social et l'intérêt du groupe, la doctrine et la jurisprudence ont réalisé des efforts remarquables depuis les années cinquante. Elles ont tenté d'offrir la protection légale aux associés minoritaires des filiales, à travers, notamment, de deux moyens :

- l'emploi de la théorie classique de l'abus de droit, utilisée pour alléguer du conflit d'intérêts et sanctionner le vote abusif de la société mère (premier chapitre) ;
- la défense de l'autonomie des sociétés-filiales, se fondant sur les droits individuels des minoritaires et les règles impératives régissant le fonctionnement sociétaire (second chapitre).

Chapitre I : La protection des associés minoritaires par la prévention de conflits d'intérêts

81. Le conflit d'intérêts procède, dans le domaine sociétaire, de la volonté du dirigeant ou de l'associé de satisfaire des intérêts personnels contraires aux intérêts de la société. Il transfère à son profit une partie de la richesse sociale en sacrifiant son intérêt d'associé pour s'enrichir en dehors de la société. Le problème s'avère majeur lorsqu'il s'agit d'un groupe de sociétés où l'intérêt des associés minoritaires se limite au patrimoine de leur société, et où l'intérêt de la société mère transcende cette sphère étroite en concevant le groupe tout entier comme une unique entreprise. Les solutions habituelles à cet antagonisme semblent en l'espèce consister en trois précautions : lutter contre l'égoïsme de la société mère, faire prévaloir l'intérêt du groupe, et ne pas sacrifier l'intérêt social de la filiale. Aussi, lorsque la société mère – associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale – choisit de faire prévaloir l'intérêt commun à toutes les sociétés de son groupe, le conflit est écarté à travers une solution satisfaisant tous les intérêts particuliers de ces sociétés ; dans le cas contraire, la communauté d'intérêts est rompue au détriment des sociétés sacrifiées.

82. Toutefois, au sein d'un groupe de sociétés, le conflit d'intérêts entre la société mère et les associés minoritaires dans la filiale procède de l'antagonisme entre le fait et le droit : l'unité économique du groupe et l'indépendance juridique des sociétés membres, lequel place les associés minoritaires dans une situation incommode. La société mère, favorisant ses intérêts personnels, risque de commettre des actes abusifs débouchant sur des conflits d'intérêts avec les associés minoritaires dans ses filiales.

Afin de prévenir ces conflits, les droits français et libyen ont introduit une série de règles protectrices afférentes aux sociétés en général, qui peuvent s'appliquer avec

pertinence à celles affiliées d'un groupe. Un régime particulier a été ainsi instauré pour les conventions conclues entre la société et ses dirigeants ou associés ou entre la société et d'autres entités dans lesquelles ces derniers disposent directement ou indirectement d'un intérêt personnel contraire à l'intérêt social. Ce régime s'applique tantôt pour soumettre les actes à conclure à une procédure d'autorisation, tantôt pour les interdire. De même, en vue de sanctionner l'abus de droit de vote, certaines autres dispositions prévoient l'interdiction aux personnes ayant des intérêts personnels contraires à l'intérêt social d'exercer leur droit de vote.

De ce fait, il convient d'étudier ces mesures de protection en deux sections successives.

Section I : Le conflit d'intérêt issu des actes conclus entre la filiale et sa mère

83. Les dirigeants et les associés sont, par leurs prérogatives, potentiellement en mesure de causer des dommages à la société, ou plus subtilement, d'imposer à celle-ci des affaires qui sont bonnes pour eux-mêmes, mauvaises pour elle¹⁵⁹. Par exemple, un dirigeant commun à une filiale et sa mère prête au nom de la première à cette dernière une somme d'argent avec un taux d'intérêt bien léger, un gérant d'une SARL cède un fonds de commerce appartenant à cette société à une autre société dont il est l'associé majoritaire¹⁶⁰, ou un président d'une filiale met le fonds social en location-gérance, au profit d'une autre filiale dont il est le dirigeant unique. Dans de telles hypothèses, les accords conclus avec la société pourraient être animés de l'intention de nuire, et donc susceptibles d'engendrer des effets préjudiciables sur le patrimoine social.

Mais, il faut tenir compte de la différence entre société membre d'un groupe et société isolée. En effet, dans un groupe, la mise en application de la stratégie commune nécessite l'existence d'une complémentarité des activités entre les différentes sociétés, et implique ainsi l'existence d'une certaine marge de liberté contractuelle pour les dirigeants. La soumission de tous les actes conclus entre les sociétés membres du groupe ou entre elles et leurs dirigeants peut perturber le fonctionnement normal du groupe sans pour autant servir l'intérêt des associés minoritaires dans ces dernières. De même, l'unité de direction qui caractérise les groupes de sociétés peut constituer un risque majeur pour les filiales et leurs associés minoritaires. Les dirigeants de celles-ci, liés à la direction centrale

¹⁵⁹ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, p. 281.

¹⁶⁰ Voir, Cass. com. 07 juill. 2009.

de la société mère, sont souvent susceptibles d'engager leur société dans des contrats dépourvus de toute contrepartie : une filiale *in bonis* verse une aide financière à une autre en difficulté ou prend à sa charge des dettes impliquant sa mère, etc...

C'est pour cette raison que les dispositions applicables en la matière ne régissent pas les conventions conclues entre la société et ses dirigeants ou associés sur le même pied d'égalité. La procédure d'autorisation représente en effet la règle générale (1^{ère} sous-section) à laquelle dérogent les conventions libres (2^{ème} sous-section) et celles interdites (3^{ème} sous-section). Etudions successivement ces trois types.

Sous-section I : Les conventions réglementées

84. Encadrées de façon restrictive par plusieurs dispositions, les conventions réglementées ne sont pas interdites d'une manière absolue et abstraite. Dans la SA, leur légitimité dépend de l'autorisation préalable du conseil d'administration, ratifiée par l'assemblée générale ordinaire¹⁶¹. La rigidité de ces procédures se justifie par le conflit que les conventions pourraient engendrer entre l'intérêt personnel du cocontractant et celui de la société et ses associés. Le comportement de l'intéressé pourrait se transformer en abus de biens sociaux ou de pouvoirs, qui causerait des dommages à la société et à ses actionnaires ou associés, notamment les minoritaires. Pour prévenir et combattre ce conflit, la loi organise une procédure de contrôle ayant pour objectif d'interdire à l'intéressé de conclure avec la société un acte contrôlé sans l'autorisation préalable du conseil d'administration¹⁶².

¹⁶¹ Selon les articles L. 225-38, 225-68 et L. 226-10 du Code de commerce, les conventions réglementées concernant les SA et SCA sont soumises à une autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance selon le type social. Elles sont ensuite ratifiées par l'assemblée générale. Dans la SAS, l'autorisation est donnée directement par les associés, auxquels le commissaire aux comptes présente un rapport clair sur les conventions à conclure (C. com., art. L. 227-10). Dans la SARL, la procédure s'appliquant postérieurement, à la suite de la conclusion de l'acte en cause. La ou les conventions passées sont soumises à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire.

¹⁶² Selon la jurisprudence dominante, l'autorisation préalable du conseil d'administration, ratifiée par l'assemblée générale, n'empêche pas que l'acte autorisé et ratifié puisse faire l'objet d'une mesure d'expertise. Ainsi dans un arrêt de la Cour de cassation (*Cass. com.*, 5 mai 2009 : *JCP E* 2009, 1659, note *Cerati-Gauthier*), des conventions de mises à dispositions de moyens et de clientèles avaient été conclues entre sociétés possédant des dirigeants communs. Un associé minoritaire sollicitait une expertise de gestion. La Cour de cassation décide ainsi que « la circonstance qu'une convention réglementée ait reçu l'approbation de la collectivité des associés, n'est pas de nature à exclure que cet acte de gestion puisse faire l'objet d'une mesure d'expertise (...) ; la circonstance qu'un associé se soit abstenu de participer aux assemblées ayant approuvé les opérations de gestion litigieuses ni le fait qu'il n'ait exercé aucun rapport contre les décisions d'approbation ne sont de nature à faire obstacle à sa demande d'expertise de gestion ». Voir encore *CA Versailles*, 27 févr. 1997 : *Bull. Joly. Soc.* 1997, p. 543, note *P. Le Cannu et Menjucq* ; *CA Versailles* 20 mai 1998 : *Bull. Joly. Soc.* 1998, p. 1159, note *Le Cannu*. Voir aussi le commentaire de l'ensemble de ces arrêts, *M. Germain et J-P. Legros, Travaux dirigés de droit des sociétés*, 8^{ème} éd. *LexisNexis*, n°13, p.160.

Cette procédure ne s'applique cependant qu'aux sociétés à risque limité, mais non à celles à risque illimité, pour qui la loi n'impose aucune obligation aux associés et dirigeants. C'est le droit commun de la responsabilité qui devra s'appliquer lorsque ces derniers abusent de leur situation pour imposer à la société une convention désavantageuse. Pour la société civile (régie par le Code civil), une procédure spéciale de contrôle a été créée par la loi NRE du 15 mai 2001 qui s'applique à ses gérants et associés. Selon cette loi, les conventions passées entre « une personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique » et « l'un de ses administrateurs ou l'une des personnes exerçant un rôle de mandataire social¹⁶³ » doivent être qualifiées de réglementées et soumises au contrôle des associés. Cette disposition ne vise pas la société civile selon sa forme juridique, mais par son activité qui doit être purement économique : professionnelle ou de construction-vente.

S'appuyant sur les textes en vigueur, nous essayerons de mettre en évidence trois points : la notion de convention réglementée, les personnes intéressées par les conventions réglementées et les sanctions qu'encourent ces conventions.

I- La notion de convention réglementée

85. Faute de précision législative, la doctrine considère comme convention réglementée, tout acte conclu entre la société et une personne exerçant certains pouvoirs en son sein ou entre elle et une entité dans laquelle cette personne joue un rôle ou est intéressée¹⁶⁴. Ces conventions ne résultent pas forcément d'une volonté égoïste de l'intéressé, mais d'une éventualité de mettre en péril l'intérêt social. Elles se caractérisent essentiellement par leur nature et leurs effets sur la société. Ainsi, les conventions bénéfiques pour la société, qui n'emportent pas d'intérêt personnel au cocontractant peuvent échapper à la procédure de contrôle : un prêt sans intérêt présenté à la société par son actionnaire, une garantie, un aval ou une remise de dettes octroyée à la société de son actionnaire ou du gérant créancier.

86. Par ailleurs, le législateur français utilise en la matière le terme "convention" à la place du terme "contrat", ce qui explique que les articles susmentionnés¹⁶⁵ ne s'appliquent pas seulement à la conclusion de nouveaux contrats, mais encore à la modification ou à la

¹⁶³ Voir *M. Cozian et alter, op. cit., n° 319 et 1138 pp. 159 et 503.*

¹⁶⁴ Voir *Le Cannu et B. Dondero, op. cit., p. 499.*

¹⁶⁵ Cf. bas de page n°165.

résiliation d'actes existants¹⁶⁶. Une société mère actionnaire majoritaire ne peut, de son propre chef, décider à l'assemblée générale de sa filiale de l'exonération de ses dettes à l'égard de cette dernière, ou du renouvellement d'un contrat de prêt ou de location conclu avec elle. De même, les articles précités ne s'appliquent pas seulement aux conventions signées par le représentant légal de la société, mais encore à tout acte conclu par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, accordant un droit à l'un de ses membres. Il en va ainsi de la décision du conseil d'administration d'une société mère anonyme de transférer des actifs ou des fonds à une filiale, ayant avec elle des dirigeants communs. L'accord de cette décision par la filiale constitue une convention réglementée soumise à l'article L. 225-38 du Code de commerce puisque les dirigeants communs sont influencés par un intérêt extérieur à la société mère, celui de la filiale. Ces articles ont également vocation à s'appliquer aux actes conclus entre la société filiale et un associé disposant d'une fraction égale à 10% de son capital ou de ses droits de vote. S'il s'agit en l'état d'un associé ou actionnaire personne morale, les règles s'appliquent à la société qui le contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce.

87. En outre, pour échapper à la procédure de contrôle, il ne suffit pas que le dirigeant ou l'associé dispose d'une autorisation générale de contracter, mais il faut que cette autorisation lui soit octroyée en tant qu'intéressé. Par conséquent, si les statuts exigent, pour la conclusion de certains contrats, une autorisation préalable du conseil d'administration, l'octroi de cette dernière par l'intéressé ne dispense pas d'obtenir une autorisation spéciale s'il veut conclure avec la société. En revanche, selon la jurisprudence, l'autorisation préalable pour la conclusion de la convention pourrait provenir du conseil d'administration de façon unilatérale et être consentie pour une durée indéterminée. Dans ce cas, l'intéressé ne sera pas tenu de demander une nouvelle autorisation lorsqu'il veut passer cet acte avec la société¹⁶⁷. Cette jurisprudence a été réaffirmée clairement par la

¹⁶⁶ Voir *J-F Barbieri, A propos de la nullité d'une convention d'indemnisation non autorisée, note sous cassation, 29 nov. 2006. Rev. soc 2007., p. 549.*

¹⁶⁷ Voir *Cass. Com., 17 avr. 1980, Rev. soc 1981, p. 316*. Il s'agit pour cet arrêt d'un administrateur d'une société anonyme exploitant une polyclinique de diététique et de relaxation. Il avait conclu un contrat avec les fondateurs de cette société, qui prévoyait la gratuité de ses soins. Après avoir immatriculé la société, le conseil d'administration a décidé la reprise de cet engagement, et l'assemblée générale a donné son approbation. La société, ayant refusé de lui régler les sommes dues, l'administrateur se faisait soigner ailleurs à ses frais, en assignant cette dernière pour son remboursement. La société s'est opposée à cette réclamation en alléguant que la convention n'a pas fait l'objet d'une autorisation préalable de son conseil d'administration. La Cour d'appel a retenu ainsi « *qu'il était inutile de signer une convention d'exécution d'un engagement pris de façon unilatérale.* » La Cour de cassation a approuvé cet argument en soulignant que la décision unilatérale du conseil vaut autorisation préalable. Elle a affirmé dans ce sens que « *la Cour d'appel n'a pas à chercher si les formalités prévues à l'article 101 précité avait été remplies, dès*

Cour de cassation dans le cadre du groupe de sociétés. Il s'agit en l'espèce d'une société dite Cerus, qui était l'actionnaire le plus important d'une autre société dite Valéo, et l'un de ses administrateurs. Elle s'engagea à fournir à Valéo aides et services moyennant une somme égale à un pour mille du chiffre d'affaires réalisé par cette dernière. Un autre actionnaire de Valéo avait assigné les deux sociétés devant le Tribunal de Commerce de Paris afin d'obtenir que Cerus soit obligée de rembourser à Valéo les sommes reçues au motif d'une absence d'autorisation préalable au versement de cette somme par le conseil d'administration de Valéo conformément aux dispositions de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 (article 225-38 du Code de Commerce). Le Tribunal de Paris ayant fait droit à cette demande, les deux sociétés ont fait appel de cette décision en rappelant que la participation de Cerus dans Valéo faisait l'objet d'une convention avec Valéo, approuvée par son conseil d'administration. La Cour de cassation, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris¹⁶⁸ rendu le 6 février 1998, déclare qu'« a légalement justifié sa décision une cour d'appel qui a considéré qu'une convention d'assistance non écrite conclue entre une société mère et sa filiale au sein de laquelle elle exerce des fonctions d'administrateur, dont le contenu n'était pas contesté par aucune des deux sociétés, qui avait été approuvée par le conseil d'administration de la filiale en toute connaissance de cause, qui était par sa nature et son objet dépourvue d'équivoque pour le conseil d'administration de la société filiale qui, compte tenu de la formulation de l'autorisation donnée par la filiale, était une convention unique et avait prolongé ses effets dans le temps et s'analysait en une convention à durée indéterminée et en a déduit que cette convention ne nécessite pas de nouvelle autorisation annuelle visée à l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 (art. L. 225-38) qui n'impose par ailleurs aucune forme d'autorisation réglementée¹⁶⁹».

88. Force est de constater l'importance majeure de cet arrêt dans le cadre de groupes où la société mère dispose des prérogatives étendues dans les assemblées générales de ses filiales. Comme associée majoritaire, cette société pourrait infléchir les conseils d'administration de ses filiales pour faire obstruction à la procédure d'autorisation. Au lieu de demander l'autorisation préalable pour chaque convention passée avec sa filiale, elle pourrait avoir une permission générale portant sur certains types d'opérations. L'importance

lors que l'autorisation préalable du conseil d'administration ne peut s'appliquer à un engagement pris par le conseil lui-même par une décision à laquelle participait son président. » Pour voir plus en détail cette jurisprudence : *D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme op. cit., p. 115.*

¹⁶⁸ CA. Paris, 6 févr. 1998, *Rev. Société* 1998, p. 535.

¹⁶⁹ Cass. com. 29 févr. 2001.

se révèle encore plus grande s'agissant d'un groupe composé de plusieurs filiales, car la société mère est à même de se faire octroyer, par leur conseil d'administration, des feux verts unilatéraux pour passer des actes entre elles et ainsi aménager son groupe.

II- Les personnes concernées

89. Les personnes concernées par la procédure d'autorisation sont désignées par les articles précédemment évoqués. Il s'agit de toute personne ayant la qualité de dirigeant ou d'associé, voulant passer avec la société une convention réglementée. L'objectif de soumettre ces personnes à la procédure d'autorisation réside dans la préservation de l'intérêt social, et surtout de celui des minoritaires contre les agissements abusifs. Le péril s'avère d'ailleurs plus évident dans un groupe de sociétés en raison de la position dominante que joue la société mère à l'égard de ses filiales. En effet, cette dernière, en tant qu'associée majoritaire, pourrait exercer une grande influence au sein de ses filiales. Même si elle ne se fait pas désigner comme dirigeant, elle est en mesure d'exercer cette fonction par l'intermédiaire d'une personne interposée, endossant ainsi la qualité de dirigeant de fait. Dans de tels cas, l'intérêt social risque d'être minimisé au profit de l'intérêt du groupe, ce qui constitue en réalité un danger avéré pour les associés minoritaires des filiales dont les intérêts se bornent au patrimoine propre de ces dernières.

Toutefois, le point de vue sera plus net en mettant en perspective le rôle des différents acteurs de la procédure de contrôle. Selon les articles précités, ces personnes peuvent être classées en trois catégories, à savoir les dirigeants, les associés, et les sociétés ou les entités liées à ces deux premières.

A- Les dirigeants

90. Les dirigeants concernés par la procédure diffèrent selon la forme sociale. Dans la société anonyme de structure classique, la procédure vise les conventions passées entre la société et son président du conseil d'administration¹⁷⁰, son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués et l'un de ses administrateurs (C. com. art. L. 225-38¹⁷¹)¹⁷².

¹⁷⁰ Le président du conseil d'administration n'est pas mentionné dans cet article, mais il reste concerné par la procédure en tant que membre du conseil. Voir dans le même sens *M. Cozian et ses coauteurs, op. cit.*, p. 284.

¹⁷¹ Aux termes de cet article « Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable

Dans la SA de structure récente, la procédure concerne les membres du directoire (C. com. art. L. 225-86). Concernant les autres formes sociales, la procédure d'autorisation vise le gérant de la SCA (C. com art. L. 226-10) et le président de la SAS et ses dirigeants éventuellement (C.com. art. L. 227-10) ainsi que le gérant de SARL (C.com. art. L.223-19)¹⁷³ ou des sociétés civiles (C. com. art. L. 612-5)¹⁷⁴.

Par ailleurs, lesdites dispositions envisagent sur le même pied d'égalité les conventions conclues directement par les dirigeants et celles auxquelles l'un de ces derniers était indirectement intéressé. Elles s'appliquent aux dirigeants qui n'ont pas conclu eux-mêmes de conventions avec la société, mais qui ont pu en retirer des avantages. La notion d'intérêt indirect ne dépend pas de l'identité du cocontractant, mais de l'intérêt personnel du dirigeant, qui peut prendre des formes bien différentes. Par exemple, le fait que le dirigeant soit salarié de la société contractant avec la société de référence¹⁷⁵, ou qu'il soit placé sous le contrôle indirect du dirigeant d'une société cocontractante avec la sienne, peut constituer un intérêt indirect. Cette dernière hypothèse faisait l'objet d'un arrêt de cassation rendu le 9 avril 1996. Il s'agit d'un cautionnement consenti par une sous-filiale au profit d'une société dont le capital était détenu à 100% par une personne physique à la fois dirigeant et actionnaire majoritaire de la société mère. A défaut de relations financières directes entre les deux sociétés contractantes ou entre leurs dirigeants, la Cour d'appel a refusé l'action en nullité du cautionnement intentée par la société caution. La Cour de

du conseil d'administration. Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée. ».

¹⁷² La disposition en droit libyen est similaire. Selon l'article 181 du Code de commerce, intitulé 'le conflit d'intérêt', «*Sauf autorisation préalable de l'assemblée générale ordinaire, il est interdit au président du conseil d'administration et aux membres de ce conseil de passer avec la société un contrat synallagmatique. Si le président ou l'un des membres du conseil d'administration dispose, dans une opération ou un marché à conclure avec la société, d'un intérêt personnel ou particulier à l'un de ses proches parents jusqu'au quatrième degré, ou à une personne représentée par lui, contraire à l'intérêt social, il doit en faire état au conseil d'administration et au comité de surveillance, et s'abstenir à participer aux délibérations relatives à cette opération ou ce marché. A défaut, il sera tenu pour responsable aux dommages ressentis par la société, issus de l'accomplissement de cette opération ou de ce marché.*».

¹⁷³ Ces listes sont limitatives, puisque le régime des conventions réglementées déroge au principe de liberté des conventions (Voir Y. Paclot, *Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées*, Recueil Dalloz 2007, p.2481). Elles ne s'intéressent pas aux personnes ayant des liens parentaux avec les dirigeants, telles le conjoint, les enfants, et les parents. (P. Dénos, *Guide pratique du gérant de SARL*, les éditions d'organisation, cinquième tirage 1998., p.181)

¹⁷⁴ Cet article s'applique par principe aux conventions passées directement ou par personne interposée entre une personne morale de droit privé non commerçant, ayant une activité économique, et l'un de ses administrateurs ou l'une des personnes y assurant un rôle de mandataire social. Selon la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes, et la jurisprudence en vigueur, cet article est applicable aux conventions passées entre une société civile immobilière de gestion et son gérant (V. avis CNCC : Bull. CNCC juin 2002 ; BRDA 2002, n°22, p.5 ; v. aussi, CA. Angers. ch. com. 10/01853 - 18 oct. 2011 ; CA Paris. Pôle 05 ch. 06 - 08/24176 - 08 oct. 2010 ; CA Bordeaux, ch. civ. 05 - 09/07370 - 17 janv. 2011.

¹⁷⁵ P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés op. cit.*, n° 751, p. 503.

cassation a annulé la décision d'appel en affirmant que, pour apprécier si l'administrateur ou le directeur général est indirectement intéressé à une convention de caution passée par la société, « il convient de se placer non seulement dans les rapports entre la caution et le créancier, mais encore dans les rapports du débiteur et de la caution, et d'apprécier au regard du rapport triangulaire instauré par le cautionnement, si le dirigeant social a eu un intérêt indirect à l'opération ». La Cour de cassation insiste en l'espèce sur l'importance d'examiner avec précaution et minutie les conventions passées entre sociétés d'un même groupe. Bien que le président de la société caution n'occupe aucun poste au sein de la société créancière, le fait que le dirigeant associé de celle-ci soit l'associé majoritaire de la société mère du groupe auquel appartiennent la société caution et son président, peut rendre nulle la convention de cautionnement passée entre ces deux sociétés.

B- Les associés

91. Pendant longtemps l'associé non dirigeant pouvait conclure librement des conventions avec la société, puisque la procédure d'autorisation ne s'adressait qu'aux dirigeants¹⁷⁶. Etant donné la position dominante qu'il pourrait exercer sur la société, cette procédure lui a enfin été étendue. Elle a été d'abord imposée aux associés des SARL (par la loi du 24 juillet 1966) et ensuite aux actionnaires de SA, SAS et SCA (par la loi NRE du 15 mai 2001). Dans les sociétés de capitaux, comme les pouvoirs exercés par l'actionnaire sont en rapport avec les droits de vote, la procédure d'autorisation ne s'applique qu'à l'actionnaire dont le nombre de droits de vote est au moins de 10%.

Par ailleurs, le taux de 10% conduit à s'interroger sur les actionnaires porteurs des titres sans droits de vote (actions de préférence ou d'autocontrôle). Ces derniers, sont-ils concernés par la procédure de contrôle ?

Selon les textes régissant les conventions réglementées, le seuil de 10% n'est pas uniquement lié à la qualité d'actionnaire, mais *a priori* à la détention d'une fraction de droits de vote, ce qui élimine les actionnaires dont les titres sont dénués de droit de vote. La question peut se poser pour les titres en usufruit et en nue-propriété. À notre avis, ces titres ne sont pas exonérés de la procédure d'autorisation car leur titulaire dans les deux cas n'est pas privé totalement de son droit de vote. L'usufruitier dispose de ce droit à

¹⁷⁶ C'est encore le cas en droit libyen. En effet, la seule disposition qui régit les conventions réglementées, l'article 181 du Code de commerce, n'évoque pour les personnes concernées par l'autorisation préalable que le président du conseil d'administration et les membres de ce conseil. Il n'existe cependant dans les autres dispositions relatives aux différentes formes sociales aucune mention des associés, voire des dirigeants communs entre les sociétés contractantes.

l'assemblée générale ordinaire, de même que le nu-propriétaire qui vote à l'assemblée générale extraordinaire.

C- La société contrôlant une société actionnaire

92. Les actionnaires détenant plus de 10% des droits de vote dans les SA, SAS et SCA peuvent eux-mêmes être des sociétés. Selon le premier alinéa des articles L. 225-38, L. 226-10 et L. 227-10 du Code de commerce, la société qui contrôle ces actionnaires au sens de l'article L. 233-3 du même Code doit être soumise à la procédure d'autorisation. Le renvoi à l'article L. 233-3 du Code de commerce amène à adopter les critères légaux du contrôle, résultant de ce texte¹⁷⁷. Il s'agit pour ces critères, soit du contrôle fondé sur la détention directe ou indirecte d'une fraction du capital, donnant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de la société actionnaire ; soit du contrôle fondé sur un pacte d'associés ; soit du contrôle de fait, consistant en l'exercice d'un rôle déterminant dans les assemblées générales de la société actionnaire. La détention directe ou indirecte d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% permettra également de présumer le contrôle dans les conditions prévues à l'article L. 223-II.

Cette nouvelle disposition offre aux associés minoritaires en particulier un gage important vis-à-vis des personnes externes à leur société. En effet, il n'est pas rare que la société actionnaire contrôlée par une autre exerce par les droits de vote dont elle dispose dans le capital social une influence dominante, non seulement en sa faveur mais aussi au profit de sa mère. En d'autres termes, la société contrôlant celle actionnaire pourrait s'immiscer par le biais de cette dernière dans la société de référence afin de profiter des contrats conclus avec elle. En présence de cette nouvelle réforme, la convention conclue de telle manière sera annulable, sauf ratification ultérieure par les associés.

93. Par ailleurs, lesdites dispositions ne régissent que la société contrôlant une société actionnaire. Elles omettent cependant la société contrôlée par cette dernière (soit la sœur de celle de référence). Mais, cette négligence ne constitue pas une lacune juridique, car les conventions passées entre cette filiale et la société à laquelle participe la société contrôleuse peut être visée par la procédure de contrôle, compte tenu de l'intérêt indirect de la société actionnaire (C.com. L. 225-38 al. 2)¹⁷⁸. Du reste, la notion d'intérêt indirect

¹⁷⁷ Voir le commentaire de ce texte dans le chapitre préliminaire, n°63 et s.

¹⁷⁸ Voir dans le même sens B. Raynaud, *La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions*, J.C.P., n° 9, 6 mars 2003, p.354) : « Toutefois, si ces conventions échappent effectivement à l'alinéa 1er de l'article L. 225-38, elles ne paraissent pas en revanche pouvoir échapper à son alinéa 2e... ».

peut, selon nous, se déduire de la seule participation de la société actionnaire dans une autre société, même si cette participation n'aboutit pas à conférer la qualité de société mère ou contrôleuse à l'égard de celle qui participe. L'élément à retenir doit résider dans l'existence de l'intérêt indirect.

D- Les dirigeants communs entre la société et une autre entité

94. Le troisième alinéa des articles L. 223-19¹⁷⁹ et L. 225-38¹⁸⁰ du Code de commerce (relatifs à la SARL et à la SA) envisage les conventions conclues entre la société et une entreprise lorsque le directeur général, l'un des administrateurs, des directeurs généraux délégués ou des gérants est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance, ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise¹⁸¹. D'après cet alinéa, l'intérêt dont disposent lesdites personnes dans la société contractante est indirect et provient de leur qualité dans l'entreprise cocontractante¹⁸². Il est possible que l'intérêt du dirigeant dans la société soit moindre que celui qu'il porte à l'autre entreprise, considérant notamment que la qualité d'associé n'est pas nécessaire pour être administrateur ou dirigeant.

95. Une telle situation se manifeste de façon remarquable dans le cadre du groupe de sociétés où la société mère détient le pouvoir de désigner les dirigeants de ses filiales.

¹⁷⁹ Aux termes de cet article « *Le gérant ou, s'il existe un, le commissaire aux comptes, présente à l'assemblée ou joint aux documents communiqués aux associés en cas de consultation écrite, un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés (...). Les dispositions du présent article s'entendent aux conventions passées avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée.* ».

¹⁸⁰ Selon cet alinéa « *Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise.* ». Cet article est également applicable à la SCA. Mais il n'a pas vocation à s'appliquer à la SAS dont les statuts sont assez souples et adéquats aux groupes de sociétés.

¹⁸¹ Selon M. Germain et J-P. Legros, « *la notion de dirigeant d'entreprise est susceptible d'interprétation large et d'englober des personnes qui n'ont pas la qualité de dirigeant au sens du droit des sociétés, comme les directeurs techniques, les fondés de pouvoir...* ». Voir M. Germain et J-P. Legros, *Travaux dirigés de droit des sociétés*, 8^{ème} éd., LexisNexis, n°13, p.158.

¹⁸² Dans un arrêt de la Cour de cassation, rendu en mai 2007 (Cass. com. 2 mai 2007, n° 06-12.378, F-D, Vincent c/ SA Guerrier : Juris-Data n° 2007-038692), une SA Girod acquiert la quasi totalité des actions d'une SA Guerrier dont M. Girod est également PDG. Cette société a donné en location-gérance l'un de ses fonds de commerce à une EURL Girod dont M. Girod est l'associé unique. Le liquidateur judiciaire poursuivait la nullité de la convention de location-gérance conclue entre la SA Guerrier et l'EURL Girod portant sur le fonds de commerce de la SA Guerrier (ou l'un des fonds de cette dernière). M. Girod était PDG de la SA Guerrier et unique associé-gérant de l'EURL. Selon la Cour de cassation, la convention aurait donc dû être soumise à l'autorisation préalable du conseil. La sanction est la nullité facultative lorsque la société a subi un préjudice. Voir le commentaire de cette décision : J-P. Legros, *Critère et nullité d'une convention réglementée*, dr. soc. n°2, févr. 2008, comm. 29.

Celles-ci peuvent être prises pour cible par leurs dirigeants ou associés majoritaires au profit de certaines sociétés du groupe. En l'occurrence, l'existence du groupe ne sera pas en soi un juste motif pour éliminer la procédure d'autorisation préalable des dirigeants ou associés communs, mais elle donne malgré tout un large pouvoir d'appréciation au juge du fond pour rechercher le caractère courant de la convention en question¹⁸³.

III- Les sanctions des conventions réglementées non autorisées

96. Les sanctions qu'encourent les conventions non autorisées ou non approuvées sont différentes selon la forme sociale. Lorsqu'il s'agit d'une SA, l'absence d'autorisation peut entraîner la nullité de la convention¹⁸⁴. Relative et facultative, cette nullité ne peut être invoquée que par la société¹⁸⁵. Elle ne sera prononcée que si la convention a entraîné des conséquences dommageables pour la société¹⁸⁶. Le seul fait que le dirigeant n'ait pas respecté la procédure d'autorisation n'est pas suffisant pour en déduire l'existence d'un préjudice social (L. 225-42187). Il faut également établir le caractère dommageable de la convention en cause, et ce à partir de critères délicats tels que la présence d'un déséquilibre manifeste¹⁸⁸. De plus, la nullité de la convention non autorisée se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention ou, en cas de dissimulation, du jour où son existence a été révélée. Selon une jurisprudence classique, la dissimulation devait s'apprécier d'une manière subjective fondée sur le défaut d'information. Elle était caractérisée dès lors que le conseil d'administration n'avait pas autorisé la convention¹⁸⁹, ou n'avait pas été informé de son existence¹⁹⁰. Seule la date de la révélation à l'assemblée importait pour faire courir la

¹⁸³ Cf. infra n°101. Voir encore : M. Germain et J-P. Legros, *Travaux dirigés de droit des sociétés, objectif droit TD*, 8^{ème} éd. LexisNexis 2011, n° 7, p. 67 : « Du côté de la société à responsabilité limitée Dupont doit s'appliquer l'article L. 223-19 du Code de commerce. Sont concernées par cet article les conventions entre la société à responsabilité limitée et l'un de ses gérant, mais cet article s'applique aussi aux conventions passées entre la société à responsabilité limitée et une société anonyme, si le gérant est également administrateur de la société anonyme. ».

¹⁸⁴ Voir : M. Cozian et alter, *op. cit.*, p. 286 ; P. Le Cannu, *Nullité partielle d'une convention réglementée, note sous cassation (com. 7 juill. 2004). RTD, com 2004 p. 765*. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation a approuvé une décision de la Cour de Paris qui avait appliqué à une convention d'assurance retraite, bénéficiant aux cadres hors classification d'une société mère et de sa filiale, la nullité de l'article L.225-42, pour défaut d'autorisation préalable du conseil d'administration de la société mère ; le président du conseil d'administration et le directeur général figurant parmi les bénéficiaires.

¹⁸⁵ Voir P. Le Cannu, *Droit des sociétés, op.cit.*, p. 508 : « la nullité protège la société elle-même ; il en résulte que le cocontractant du contrat non autorisé ne peut invoquer à son profit l'irrégularité ». Voir aussi : Cass. com. 15 mars 1994, n° 194, obs. H. Le Nabasque.

¹⁸⁶ Voir encore J. El Hadab, *La prise en charge financière de la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ? Rev soc 2008 n° 76. P.239*.

¹⁸⁷ Art. L. 225-42 « les conventions visées à l'article L. 225-38 et conclues sans l'autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société ».

¹⁸⁸ Voir P. Le Cannu, *La nullité partielle d'une convention réglementée. RTD com. p. 765*.

¹⁸⁹ Cass. Com. 24 févr. 1976.

¹⁹⁰ Cass. com. 7 juill. 2004, n° 01-15.677, RTD com. 2004. 765, obs. P. Le Cannu.

prescription, car seule l'assemblée était compétente pour couvrir la nullité entachant la convention non autorisée. Une révélation à certains actionnaires, aux administrateurs ou aux dirigeants ne suffisait pas. Or dans un arrêt rendu le 8 mars 2011, la Cour de cassation¹⁹¹ semble changer d'interprétation sur deux points : la notion de dissimulation et l'appréciation de la révélation. Désormais, la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action en nullité, soit *in concreto*¹⁹².

97. De même, la nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée, pris sur un rapport spécial du commissaire aux comptes, expliquant les raisons pour lesquelles l'autorisation n'a pas été demandée¹⁹³. En outre, comme l'acte en cause passe par deux procédures (d'autorisation et d'approbation), seul le défaut d'autorisation entraîne sa nullité. Or lorsqu'il s'agit d'absence d'approbation par l'assemblée générale, la convention autorisée reste valable, sauf fraude, mais ses conséquences dommageables peuvent être mises à la charge de l'intéressé, voire à la charge des autres administrateurs qui ont contribué à l'autorisation, et du président ou du directeur général qui l'a conclue au nom de la société.

98. Concernant la SAS et la SARL, la règle semble différente, car il n'existe pas en principe de conseil d'administration. Les conventions désapprouvées produisent leurs effets, à charge pour la personne intéressée de supporter les conséquences du contrat préjudiciable à la société (C.com. art. L. 223-19 et L. 227-10). La Cour de cassation a admis que la convention passée entre une SARL et un associé majoritaire pouvait être annulée pour abus de majorité¹⁹⁴. Cette dernière a conclu une convention de groupe et une convention d'assistance avec la société mère, son associée majoritaire. Bien que soumises à la procédure prévue par l'article L. 223-19 du Code de commerce, ces conventions n'ont pas fait l'objet d'approbation par l'assemblée générale. Puisqu'elles ont eu des conséquences préjudiciables pour la SARL, le nouveau gérant a actionné la société-mère en réparation du préjudice causé, mais son action a été rejetée au motif que, par application de l'article L. 223-23, l'action en responsabilité se prescrit par trois ans à compter de la

¹⁹¹ Com. 8 févr. 2011, n° 10-11.896, D. 2011. 515, obs. A. Lienhard, JCP E 2011. 1151, note crit. B. Dondero; Bull. Joly 2011. 297, note C.-N. Ohl et D. Schmidt; D. 2011, pan. p 2766, obs. E. Lamazerolles.

¹⁹² Com. 8 févr. 2011, n° 10-11.896, D. 2011. 515, obs. A. Lienhard, JCP E 2011. 1151, note crit. B. Dondero; Bull. Joly 2011.297 note C.-N. Ohl et D. Schmidt; D. 2011, pan p 2766, obs. E. Lamazerolles.

¹⁹³ Voir J-F. Barbieri, *Nullité des conventions réglementées. note sous cassation (1^{er} ch. civ.)*, 6 oct. 1998. Rev. soc. 1999, p. 115 : « le seul procédé permettant de couvrir la nullité qui sanctionne le défaut d'autorisation de conclure une convention est celui prévu à l'article 105 (devenu l'article L. 225-42 du Code de commerce), c'est-à-dire un vote en assemblée générale, sous rapport spécial du commissaire aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie »; J. Al-Hadab, *op. cit.*, n° 76. p.239.

¹⁹⁴ Cass. com., 21 janv. 1997. JCP E 1997, II, 965, note J.-J. Daigre, Rev soc 1997, p. 527.

conclusion de la convention. Pour échapper à la prescription de l'action en responsabilité, le dirigeant invoque la nullité des conventions litigieuses pour abus de majorité. La Cour de cassation admet que soit prononcée la nullité des conventions conclues par le gérant de la SARL et l'associé majoritaire au motif que les agissements de l'ancien gérant, constitutifs d'abus de majorité, ont porté atteinte à l'intérêt social. Cet arrêt revêt une importance singulière en matière de groupe de sociétés, car il montre clairement que l'existence d'un groupe ne suffit pas en soi à dispenser la société mère de la procédure de contrôle, ni à la mettre à l'abri du délit d'abus de biens sociaux. Tant que l'opération en cause ne comporte pas de contrepartie équitable pour la société filiale, elle ne sera pas motivée par la seule existence de l'intérêt de la société mère¹⁹⁵.

Pour autant, la sanction la plus importante afférente au non respect de la procédure d'autorisation consiste en la responsabilité civile de la personne bénéficiaire de la convention en cause. C'est à cette personne de réparer tous les dommages que cet acte a causé à la société ou aux associés. Dans un groupe de sociétés, la société mère, associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, doit supporter tous les dommages que la convention passée aura causés à sa filiale. Elle peut également encourir la même responsabilité en sa qualité d'administrateur de sa filiale si elle a commis une faute de gestion en accordant au dirigeant de celle-ci son autorisation préalablement à la convention¹⁹⁶.

Sous-section II : Les conventions libres

99. Les conventions libres (dites aussi « non réglementées ») sont celles exemptées de la procédure d'autorisation. Elles portent selon le Code de commerce français, soit sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales, soit sur des opérations de trésorerie conclues au sein d'un groupe de sociétés.

Nous aborderons successivement toutes les deux.

I- Les actes portant sur des opérations courantes ou conclues à des conditions normales

100. À la différence de son homologue libyen, le législateur français a régi ce type de conventions par plusieurs textes afférents aux différentes sociétés : l'article L. 223-20 relatif à la SARL¹⁹⁷, l'article L. 225-39 relatif à la SA¹⁹⁸ (applicable à la SCA sous renvoi

¹⁹⁵ Voir également l'arrêt de cassation du 09 avr. 1996 précité n°77, p70.

¹⁹⁶ *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Droit des affaires, sociétés commerciales*, 2006 n°9440 p. 577.

¹⁹⁷ Aux termes de cet article « *Les dispositions de l'article L. 223-19 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.* »

par l'article L. 226-10) et l'article L 227-11 relatif à la SAS¹⁹⁹. L'objectif du législateur consiste à ne pas alourdir la gestion courante de la société lorsque ces opérations ont un caractère fréquent et ordinaire, car il est inutile pour un acte qui ne présente pas de réel danger à l'intérêt social d'être exagérément soumis à un formalisme jugé en l'espèce « inopportun »²⁰⁰.

Néanmoins, la doctrine et la jurisprudence admettent aujourd'hui que, d'une part, l'opération courante est celle qui entre dans l'objet de la société et se réalise fréquemment²⁰¹, et que, d'autre part, une opération est conclue à des conditions normales lorsqu'elle se passe à des conditions parfaitement identiques à celles consenties à un tiers à la société²⁰². Seront par exemple qualifiées d'« opérations courantes » : la vente de

¹⁹⁸ Selon cet article « Les dispositions de l'article 225-38 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. »

¹⁹⁹ Aux dispositions de cet article « Les conventions portant sur les opérations courantes et conclues à des conditions normales sont communiquées au commissaire aux comptes. »

²⁰⁰ Ch. Chenut, *op. cit.*, p. 71 ; Y. Guyon, *L'inapplicabilité de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 aux conventions conclues à des conditions normales*, *Rev. soc.* 1996 p. 794 : « La nécessité pratique de cette exception est évidente, aucune précaution particulière ne s'impose, car il n'y a pas de risque d'abus, si le dirigeant agit dans les mêmes conditions qu'un quelconque partenaire de la société, notamment parce qu'il traite dans les conditions du marché. »

²⁰¹ Voir M. Cozian et *alter*, *op. cit.*, p. 283 : « est courante l'opération dont le principe ne présente rien d'inusuel, cela s'apprécie de façon objective en considérant : soit de l'activité ordinaire de la société... ; soit des pratiques usuelles pour des sociétés placées dans une situation similaire. » ; C. Chenut, *Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, ou les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères*, *Rev. soc.* 2003 p. 71 : « La loi ne donne aucune définition de l'opération courante. Néanmoins, il semble qu'elle corresponde à des opérations effectuées par la société d'une manière habituelle dans le cadre de son activité » ; J. Hémar, F. Terré et P. Mabillat, *Sociétés commerciales*, 1972, t. 1, n° 1021 p. 893, « cette qualification doit être retenue lorsque l'acte s'inscrit dans pratique usuelle de l'entreprise et entre dans son objet social » ; Cass. com. 8 oct. 1973, *Rev. soc.* 1974, p. 518, note Toubiana ; CA Saint-Denis de la Réunion, 23 juin 1978, *ibid.* 1979.526 : « Les opérations courantes sont celles que réalise la société de manière habituelle, dans le cadre de son activité ordinaire » La Cour de cassation a défini l'opération courante comme celle qui entre dans l'objet de la société et que la société réalise de manière habituelle dans le cadre de son activité (Cass. com. 8 oct 1973. *Rev soc* 1974., p. 518 note Toubiana.)

²⁰² Voir Cass, 17 juin 2009, n° 08-40. 279. Dans un autre arrêt (Cass, com, n°07-12-307. 3Juin 2008), la Cour de cassation démontra implicitement le caractère courant de la convention en approuvant la Cour d'appel de Paris d'avoir écarté ce caractère d'une convention conclue entre une société d'assistance de gestion et une autre, au profit des cadres de cette dernière dont certains dirigeants. La Cour d'appel déclara la nullité de cette convention, car octroyant auxdits dirigeants des avantages sans autorisation préalable du conseil d'administration de leur société. La société d'assistance fit grief à cet arrêt au motif que l'acte conclu ne faisait pas l'objet d'une convention réglementée vu son caractère normal. La haute Cour rejeta le pourvoi en affirmant qu'« Attendu qu'en relevant que le contrat litigieux ne pouvait être considéré comme portant sur une opération courante, dès lors, d'un côté, qu'il instituait un avantage au profit de certains mandataires, dans leur intérêt personnel direct ou indirect en leur faisant bénéficier de prestation étrangère à l'intérêt de la société Axa Re et, de l'autre, qu'il avait nécessairement des conséquences dommageables pour cette dernière, dans la mesure où il lui faisait supporter une charge financière non négligeable, sans aucun contrepartie pour elle, la Cour d'appel en a déduit de bon droit que, faute d'avoir fait l'objet d'une autorisation du conseil d'administration, ce contrat est nul. ». Voir aussi : D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op. cit.*, p. 129 ; R. Vatinet, *Les conventions réglementées*, *Rev. soc.* 2001 p. 561. Selon cet auteur « Il faudrait affirmer plus clairement que le caractère courant ou non tient avant tout de son importance économique ou financière. Parfois un contrat conclu peut avoir une importance économique d'autant plus grande qu'il est essentiel pour l'activité courante de l'entreprise. C'est une question de fait, mais

marchandises fabriquées par l'entreprise, les prestations de service, la conclusion de baux²⁰³, l'achat d'un brevet à un administrateur par une société ayant pour objet social l'exploitation de tout brevet²⁰⁴. En revanche, on peut exclure d'une telle qualification les activités qui sont rares par leur fréquence et extraordinaires par leur contenu. L'approche est donc relative et dépend de chaque espèce. Elle est soumise au pouvoir souverain des juges du fond. Comme a pu le démontrer Y. Guyon, « ce sont toutes les conditions du contrat qui doivent être examinées, notamment en cas de vente, ainsi les qualités, les délais d'exécution et de paiement, la modalité de la livraison et de la garantie²⁰⁵ ».

101. Au demeurant, la particularité du groupe de sociétés est en mesure d'influencer l'appréciation des magistrats sur le caractère courant des opérations entre sociétés membres d'un groupe. Les critères objectifs de l'opération courante et des conditions normales ont été adoucis en la matière pour faciliter les relations financières et techniques entre sociétés membres d'un même groupe²⁰⁶. Comme l'écrit C. Chenut, « il est aujourd'hui communément admis que le phénomène que crée le groupe doit être pris en considération dans l'interprétation du caractère courant de l'acte. L'appartenance de l'entreprise au groupe n'est pas sans incidence sur l'appréciation des conventions qu'elle passe en son sein²⁰⁷ ».

Toutefois, pourrait en particulier être considérée comme courante l'opération par laquelle la société mère prend en charge certaines tâches fonctionnelles (par exemple : organisation générale, contrôle interne, comptabilité, services informatiques ou juridiques, formation du personnel, frais de recherche, locations immobilières) moyennant facturation à la filiale, ainsi que les transactions sur immobilisation et les transactions financières au sein du groupe. De même, seraient conclues à des conditions normales les conventions prévoyant une facturation au coût de revient éventuellement majoré d'une marge bénéficiaire raisonnable, ainsi que les transactions réalisées à un prix de marché et réservant un traitement égalitaire à toutes les sociétés du groupe²⁰⁸.

un critère général d'apprécier mériterait d'être ainsi adopté par les juges du fond. »

²⁰³ CA Paris, 17 oct. 2006 : *RJDA* 4/07, n° 375; la Cour constate que les locations litigieuses sont effectuées par la société d'une manière habituelle dans le cadre de son activité.

²⁰⁴ CA Paris, 4 juin 2003 : *Bull. Joly* 2003, p. 1315, note L. Godon.

²⁰⁵ Y. Guyon, *op. cit.*, p. 891; voir aussi F. Masquelier et N-S. Kergunic, *Société par actions simplifiée, op. cit.*, p. 114 : « pour déterminer si une convention a été conclue dans des conditions normales, il convient de tenir compte des conditions dans lesquelles sont habituellement conclues des conventions semblables, non seulement dans la société en cause, mais encore dans les sociétés du même secteur d'activité. »

²⁰⁶ P. Le Cannu et B. Dodero, *op. cit.*, p. 506.

²⁰⁷ C. Chenut, *op. cit.*, p. 88.

²⁰⁸ Il existe également certains auteurs qui traitent les conventions conclues entre sociétés du groupe à égalité avec celles conclues au sein d'une société isolée. Ainsi, selon J-P. Le Gall (*Groupe des sociétés, op. cit.*, p. 54) : « si la société mère et ses filiales ont des administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire

Cependant, il faut souligner que la simple référence au groupe ne pourrait en soi conférer un caractère usuel à tous les types d'engagements entre les sociétés membres. A titre d'exemple, l'acte de la filiale garantissant les dettes de la société mère ne peut pas être apprécié de la même manière que les précédentes conventions, car la garantie n'est pas une convention ordinaire, ni habituelle pour le garant, d'autant moins qu'elle ne relève pas de la gestion quotidienne. Il en va également de même pour les prêts ou les avances, mais aussi pour toutes les opérations de trésorerie internes aux groupes qui peuvent du reste encourir le risque d'être reconnues comme abusives²⁰⁹. Dans un arrêt du 5 mai 1997, la chambre criminelle de la Cour de cassation²¹⁰ a confirmé la condamnation pour abus de biens sociaux d'un président d'une société anonyme qui avait financé le rachat d'une entreprise par le pillage des actifs de la société cible.

102. Par ailleurs, il faut distinguer deux situations juridiques bien différentes, à savoir la reconnaissance du caractère courant de l'acte conclu au sein du groupe, et la reconnaissance du caractère exonératoire de la responsabilité pénale des dirigeants du groupe. Comme nous le verrons dans la seconde partie, depuis les années soixante, la jurisprudence française a lentement forgé la notion d'«intérêt du groupe» pour justifier certains actes qualifiés d'abus de biens sociaux dans une société isolée²¹¹. Cette évolution

ou de conseil de surveillance, les conventions entre elles sont soumises à une procédure de contrôle particulière...Même en l'absence de dirigeants communs, cette procédure de contrôle est également applicable entre une société par actions et une autre société lorsque cette dernière dispose d'une fraction de plus de 10% des droits de vote de la première, ou lorsqu'elle la contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce.»; selon G. Ripert et R. Roblot (Traité de droit commercial, par M. Germain, op. cit., p.714 et s.) : « En attendant qu'une réglementation spéciale soit adaptée au groupe de sociétés, le seul recours paraît être l'article L. 225-42 Co., al.3, qui prévoit que la nullité découlant de l'absence d'autorisation du conseil peut être couverte par un vote de l'assemblée générale, sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie »; Pour Y. Guyon (op. cit., p.791) : « les conventions entre sociétés d'un même groupe ne sont que très exceptionnellement conclues à des conditions normales... Il n'est donc pas possible de les soustraire aux formalités des articles 101 et suivants (225-38 et s), même si elles interviennent entre une société mère et une filiale qu'elle détient en totalité. » Cette optique confirme d'ailleurs une certaine jurisprudence. V. CA Paris, 18 déc. 1991, RJ com.1991.35, note C. Goyet.

²⁰⁹C. Freyria et J. Clara, *De l'abus de biens sociaux et de crédit en groupe de sociétés*, J.C.P. Éd E 1993, 1.247, n°1 et s.

²¹⁰Cass. crim., 5 mai 1997.

²¹¹T. corr. Seine, 11 mai 1955, JCP 1955, II, 8973 ; CA Paris, 18 mai 1965, Gaz. Pal. 1965, p206; Cass. crime, 4 févr. 1985, n° 73-91.516. Bull. crim. N68 p. 166. Dans cette dernière affaire, la chambre criminelle a estimé que « pour échapper aux prévisions des articles 425-4° et 437-3° de la loi du 24 juillet 1966 (devenus l'article du Code de commerce), le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge; que tel n'était pas le cas en l'espèce, les moyens réunis doivent être écartés »

provient en effet de la différence de situation entre société isolée (dont la notion juridique s'harmonise davantage avec la réalité économique) et société membre d'un groupe. Lorsqu'il s'agit de la première notion (la société isolée), le dirigeant qui travaille à satisfaire un autre intérêt que celui de sa firme commet le délit d'abus de biens sociaux. Cependant, en raison d'une discordance entre l'autonomie juridique et la réalité économique, un dirigeant d'une société membre d'un groupe qui méprise l'intérêt social au profit d'une autre société de ce groupe peut, sous certaines conditions, être pénalement exonéré. Or cette exonération ne produit en l'espèce aucun effet civil. Elle ne pourra pas ôter à l'acte en cause sa qualification de convention réglementée l'autorisation préalable que le droit édicte pour sa validité demeure à cet égard exigée.

La qualification de « libre » pour une convention conclue entre une société incluse dans un groupe et ses associés ou dirigeants ne devrait dès lors pas se fonder uniquement sur la forme juridique de cette société ou sur l'opération en cause, mais il doit encore prendre en compte l'autonomie économique de cette société. En ce sens, il apparaît que le critère d'« opération courante et conclue à des conditions normales » est en lien avec deux éléments essentiels : l'importance de l'acte conclu pour l'intérêt commun du groupe et la nécessité de cet acte pour la complémentarité d'activité des sociétés membre du groupe.

103. Pour autant, depuis la loi du 15 mai 2001 (dite NRE) jusqu'au 17 mai 2011, les conventions libres devaient être communiquées par l'intéressé (mandataire social, actionnaire ou société actionnaire détenant directement ou indirectement 10 % des droits de vote) au président du conseil d'administration ou de surveillance de la société anonyme (articles L. 225-39 et L. 225-87 du Code de commerce) ou au président de la société par actions simplifiées (article L. 227-1 du Code de commerce). Ensuite, la liste et l'objet de ces conventions devaient être communiqués aux membres du conseil de surveillance et aux commissaires aux comptes (articles L. 225-39 et L. 225-87 du Code de commerce) et étaient mis à la disposition des actionnaires (article L. 225-115 du Code de commerce)²¹². Le législateur est revenu au texte d'origine depuis la loi de simplification du

²¹² R. Vatinet, *Les conventions réglementées*, op. cit., n° 10. Comme ce régime implique de révéler systématiquement ces conventions, il a été critiqué par certains auteurs qui ont estimé qu'il n'y a plus de conventions courantes. B. Raynaud (op. cit., p. 354) a signalé en ce sens que « le fait que cette nouvelle procédure ait été inspirée par un souci de plus grande transparence ne saurait lui ôter la qualificatif d'irréaliste, tout au contraire; aboutissant, dans les plus grands groupes, à ensevelir le conseil d'administration, le président et le commissaires aux comptes sous une avalanche d'informations » ; Voir aussi : Y. Guyon, *Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (présentation générale)*, Rev. Soc. 2001, p. 511 ; J-F. Barbieri, *Les conventions réglementées : entre réalité de l'ambition régulatrice et fiction de la prévention des conflits*, in

17 mai 2011. Désormais, les articles L. 225-39, L. 225-87 et L. 227-11 affirment simplement la liberté de conclure les conventions courantes à des conditions normales. La communication instaurée par les lois de 2001 et 2003 est supprimée²¹³.

II- Les conventions portant sur des opérations de trésorerie

104. Dans le domaine des groupes de sociétés, les conventions de trésorerie peuvent, sous certaines conditions, être appréciées comme des « actes libres ». Le législateur français a introduit par la loi bancaire de 1984 (dans un article devenu : L. 511-7 (3°) C. mon. et fin.) une dérogation au monopole de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier qui interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banques à titre habituel. Ce texte permet à une entreprise ou une société de «procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres» (art. 511-3 al. 3°). Le but est de simplifier la complexité de la procédure d'autorisation en vue de permettre à la société mère les opérations de trésorerie dans son groupe et d'éviter ainsi les inconvénients liés à des mouvements financiers anarchiques internes à ce groupe²¹⁴. Ce texte exige pour son application l'existence d'une convention de trésorerie entre la société mère et ses filiales, ayant pour objet d'octroyer à cette dernière des mandats pour gérer la trésorerie des filiales.

Une question préalable se pose cependant sur la qualification de réglementée ou de libre de cette convention. Cette question ne porte pas sur les opérations de trésorerie, consécutives à l'exécution de la convention, qui sont plutôt naturelles et considérées sur un plan juridique-comme courantes.

Ledit article ne donne pas de réponse à cette question, exigeant uniquement la simple existence d'une convention de trésorerie entre les sociétés membres du groupe. A notre avis, il est préférable pour raison de prudence de soumettre les conventions libres au régime des conventions réglementés, afin d'écarter des actions ultérieures dans le cadre d'un litige pour abus de majorité.

La loi NRE et le droit des sociétés, collection des Grands colloques, Montchrestien, 2003, p. 39 et s., spéc. p. 42 ; D. Bureau, La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés, Bull. Joly 2001, § 149, n° 60.

²¹³Voir P. Le Cannu et B. Dondero, *Le nouveau régime des conventions courantes : un retour en arrière bienvenu?*, JCP E 2011, 1453.

²¹⁴Voir J-P. Dom, *Les dimensions du groupe de sociétés après la réforme de l'année 2001. Rév soc. 2002, p1* : « afin de ne pas bloquer les possibilités offertes aux sociétés d'un même groupe de procéder à une gestion collective et centralisée de la trésorerie, ce texte (L. 511-7) crée une dérogation à la procédure du monopole des établissements de crédit sur les opérations bancaires ».

105. Par ailleurs, les dispositions dudit article ne prévoient aucune définition pour les opérations de trésorerie. Selon la doctrine, ces dernières signifient toute opération réservée en principe aux établissements bancaires. Elles consistent essentiellement en deux formes : la réception de fonds du public²¹⁵ et les opérations de crédit²¹⁶. Dans un groupe de sociétés, peut constituer une opération de trésorerie les versements par une société filiale à d'autres sociétés de son groupe, sous la forme du prêt d'argent ou d'avances de trésorerie²¹⁷. Ces versements ne sont soumis à aucune référence explicite pour leur durée. Ils pourront porter sur « des versements à caractère temporaire pour assurer les besoins à court terme de la société qui les reçoit ou sur de véritables prêts consentis pour assurer le financement d'investissements ou de besoins durables en fonds de roulement²¹⁸ ». Le rôle de la société mère consiste donc en plusieurs objectifs : identifier les besoins financiers des membres du groupe ; centraliser les excédents structurels en trésorerie des sociétés du groupe ; optimiser la trésorerie nette excédentaire ; accorder des prêts intragroupes ; optimiser la gestion de la trésorerie au travers de systèmes de placement avec des établissements financiers externes.

106. En outre, pour autoriser les opérations en question, ledit texte exige qu'existent entre les sociétés intéressées des participations capitalistiques directes ou indirectes, qui confèrent aux unes sur les autres un pouvoir de contrôle effectif. Or le problème réside en la matière dans le fait que l'article L. 511-7- 3° exige l'existence d'un contrôle effectif sans pour autant prévoir une notion précise de ce contrôle, ni faire référence à des textes existants. Selon Billion²¹⁹ « le pouvoir de contrôle est effectif quand la holding détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital des sociétés ; une participation inférieure à la moitié est suffisante si la holding exerce sa domination sur la société ». Cet auteur ne renvoie donc pas aux textes de l'article L. 233 du Code de commerce relatifs à la notion de contrôle, mais simplement au contrôle effectif. C'est également l'idée de Hallouin qui ne lie la notion de contrôle qu'au pouvoir effectif exercé par la société mère sur ses filiales et rattaché au capital de ces dernières. Pour lui, ce contrôle peut être exercé par une

²¹⁵ Voir A. Bienvenue, *Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés*, LexisNexis, 2011, n°28, p.51.

²¹⁶ Au sens de l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier, les opérations de trésorerie consistent en trois : la réception de fonds du public, les opérations de crédit et la gestion des moyens de paiement. La doctrine exclut cette dernière opération du champ d'application de l'article L. 511-7-1, 3° du Code monétaire et financier. Voir A. Bienvenue, *op. cit.*, n°28, p.51.

²¹⁷ Voir O. Delcourt, *Les opérations de trésorerie internes aux groupes de sociétés, aspects juridiques et fiscaux*. Publibook, p.19 et s.

²¹⁸ O. Delcourt, *op. cit.*, p.22.

²¹⁹ P. Billion, *op. cit.*, p. 79.

personne égalitaire sans qu'il y ait un «forçage» du texte²²⁰.

À notre avis, le contrôle ne doit pas être apprécié au regard de l'article L.233 du Code de commerce, faute d'un renvoi explicite par l'article L.511-7- 3° du Code monétaire et financier. Mais ce contrôle doit néanmoins s'appuyer sur des rapports capitalistiques suffisamment solides entre les sociétés du groupe. Cette condition (qu'exige ledit article L. 511-7-3°) implique l'élimination des rapports du contrôle fondés sur les droits de vote détachés du capital social.

Sous-section III : Les conventions interdites

107. Les conventions interdites sont celles qui présentent un risque majeur pour le patrimoine social et qui sont ainsi sanctionnées de nullité de plein droit²²¹. Elles se distinguent des conventions réglementées, en principe valables sauf inobservation de la procédure d'autorisation.

Ces conventions sont mentionnées au Code de commerce français de façon restrictive. Selon l'article L. 225-43, afférent à la société anonyme de forme classique : « à peine de nullité, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter sous quelque forme que ce soit des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers (...). La même interdiction s'applique au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. Elle s'applique également au conjoint et aux ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée ».

108. Ces dispositions sont également applicables aux sociétés en commandite par actions par renvoi de l'article L. 226-10 du Code de commerce²²². Elles sont similaires dans les sociétés par actions simplifiées, dont le président personne physique ne peut conclure avec la société de tels actes²²³. Ces règles ne sont pas différentes de celles

²²⁰ J-P. Hallouin, *Conditions de validité d'une convention de trésorerie : une notion de « groupe »*, *Rec Dalloz* 2004. p. 2930.

²²¹ Y. Palcot, *op. cit.*, n° 18, p. 2481

²²² « Les dispositions des articles L.225-38 à 225-43 sont applicables aux conventions intervenant directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants, l'un des membres de son conseil de surveillance, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10% ou s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3. De même, ces dispositions sont applicables aux conventions auxquelles une de ces personnes est indirectement intéressée ».

²²³ L'interdiction est écartée lorsque le président est une personne morale. Cette mise à l'écart a été critiquée

applicables à la SARL où l'article L. 223-21 interdit aux gérants ou associés, autres que personnes morales, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leur engagement face aux tiers. Cette interdiction s'applique également aux représentants légaux des personnes morales associées. Dans toutes ces hypothèses, le directeur général de la société mère ne peut passer à titre personnel des conventions interdites avec la société filiale. Mais, si la société mère jouit dans sa filiale de la qualité de dirigeant, et que son directeur général est le représentant permanent, celui-ci sera en mesure de conclure de telles conventions.

Cependant, les dispositions relatives à la société anonyme du type dualiste sont quelque peu différentes : les conventions évoquées aux précédentes dispositions ne relèvent pas d'une règle prohibitive, mais de la procédure d'autorisation applicable aux conventions réglementées. De plus, depuis la loi du 5 janvier 1988, la liste des opérations²²⁴ pour lesquelles l'autorisation du conseil de surveillance est nécessaire, a été élargie pour viser en plus : la cession d'immeubles par nature ; la cession totale ou partielle de participation ; la constitution de sûreté.

Par ailleurs, vu le risque majeur qu'engendrent ces conventions pour le patrimoine social, la sanction est plus sévère que celle applicable aux conventions réglementées non autorisées : il s'agit de la nullité absolue, qui ne pourrait être couverte par un vote postérieur de l'assemblée générale. D'où l'ouverture de l'action en nullité à tout intéressé, notamment les associés²²⁵, et l'application de la prescription trentenaire. Le juge peut relever d'office la nullité²²⁶.

109. En outre, il est à noter qu'il existe dans ce cadre trois dérogations au principe de l'interdiction. La première est en faveur des administrateurs de SA, SCA, SAS (C.com, art. L 225-43, L. 226-10, L.227-12) et gérants et associés de la SARL (C.com, art. L 223), personnes morales. Apportée par la loi du 5 janvier 1988, cette dérogation revêt une importance non négligeable dans le domaine des groupes de sociétés. Les filiales peuvent dorénavant consentir des avances ou des avals au profit de la société mère même si celle-ci

par certains auteurs : P. Le Cannu, *(Société par actions simplifiées, Répertoire de droit des sociétés, févr. 2000 n° 87)* écrit ainsi que « Mais on comprend assez mal qu'elle [l'interdiction] soit écartée, par le jeu des renvois des textes, lorsque le président est une personne morale, puisque le conflit d'intérêt existe aussi bien dans ce cas. » ; voir aussi C. Malecki, *Conventions réglementées. Rev soc, sept. 2002 n°108.*

²²⁴ Cette liste est aujourd'hui prévue par l'article L 225-68 du Code de commerce.

²²⁵ Cass. Com., 25 avr. 2006.

²²⁶ P. Le Cannu, *Droit des sociétés. op. cit., n°1329, p. 858.*

occupe un poste d'administrateur ou de gérant à leur sein. Cependant, cette dérogation, bien que facilitant la gestion centralisée au sein du groupe, comporte un aléa redoutable pour la société prêteuse ou garante, ou pour celle qui donne son aval ou sa caution. Des tels actes ont en effet vocation à appauvrir le patrimoine de cette société et porter préjudice à ses associés, particulièrement les minoritaires. Mais, en dépit de ce péril, le fait que ces conventions doivent être soumises à la procédure d'autorisation constitue une protection relativement efficace. En effet, l'exemption de ces conventions à l'interdiction n'implique pas, à notre avis, qu'elles deviennent libres.

La deuxième exception est relative aux établissements bancaires, qui peuvent consentir des prêts ou accorder des garanties à leurs dirigeants. L'article L. 225-43 al. 2 du Code de commerce prévoit que ces opérations doivent avoir un caractère courant, compte tenu de l'activité de l'établissement, et être conclues à des conditions normales²²⁷. Ces conventions, n'étant ni interdites ni réglementées, sont librement conclues depuis la loi de simplification du droit du 17 mai 2011. Enfin, une troisième exception concerne, comme nous l'avons étudié, les conventions de trésorerie s'observant notamment au regard de la gestion de trésorerie des sociétés du groupe²²⁸.

²²⁷ Aux termes de l'article 225-43 al. 1 et 2 du Code de commerce : « A peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales ».

²²⁸ Voir au sujet de ces conventions, supra n° 104.

Section II : Le conflit d'intérêts issu de la position dominante de la société mère

110. L'article 1844 al. 1 du Code civil français dispose que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Considérée traditionnellement comme impérative²²⁹, la règle qu'énonce ce texte confère à tout associé, quelle que soit l'importance de ses participations, le droit de se présenter et de voter aux assemblées générales de la société. Mais ce caractère impératif n'échappe pas aujourd'hui à certaines critiques. D'une part, le droit de participer aux décisions collectives ne vaut pas nécessairement droit de voter, car on peut participer à une délibération sans voter, d'autant plus que le droit des sociétés permet aux statuts de limiter le nombre de voix dont peut disposer un même actionnaire (C. com. art L. 225-125), ou d'émettre des titres dépourvus de droits de vote (actions à dividendes prioritaires sans droits de vote – avant la réforme de 2004 –, actions de préférence ensuite). D'autre part, concrétiser la volonté sociale dans la volonté émise par tous les associés, ne semble plus convaincant que pour les sociétés de personnes où les décisions se prennent en principe à l'unanimité²³⁰. Lorsqu'il s'agit d'une société de capital, ce n'est que la majorité qui décide au nom des intérêts de la collectivité²³¹. Comme l'observe D. Schmidt, le pouvoir majoritaire d'exprimer la volonté sociale « ne se réduit pas à l'habilitation d'un porte-parole mais comporte un élément de décision d'autorité, s'imposant aux intérêts représentés ²³² ».

Dès lors, la participation de la minorité à la formation de la volonté sociale ne semble que théorique, notamment dans les groupes de sociétés où les pouvoirs se concentrent souvent au sein d'une seule société mère ou holding disposant de la majorité capitalistique

²²⁹ Voir D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., p. 93; En ce sens Ripert, Roblot (Traité de droit commercial, tome 1, volume 2, 18e éd., LGDJ, Paris 2002, par M. Germain, n° 1607) affirment qu' « il est impossible qu'un actionnaire ou associé soit privé, même temporairement, en dehors des prévisions légales »

²³⁰ Selon l'article L. 221-16 du Code de commerce concernant la SNC « les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus au gérant sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent ». Pour la SCS c'est les statuts qui fixent les conditions relatives à la prise des décisions (art. L. 222-15 du C com).

²³¹ Voir pour la société anonyme : l'article 225-96 du Code de commerce relatif aux assemblées générales, qui prévoit que l'assemblée générale extraordinaire « ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote (...) dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés ». Pour l'assemblée générale extraordinaire, l'alinéa 98 dudit article fixe le quorum exigé pour la présence et le vote. Il prévoit que cette assemblée « ne délibère valablement sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote. Dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, les statuts peuvent prévoir un quorum plus élevé. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis. Elle statue à la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés ».

²³² Voir D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, op. cit., n° 23 p.19.

dans ses filiales. Les associés minoritaires de ces dernières se trouvent dans les assemblées générales face au représentant permanent de la société mère, qui leur impose au nom de celle-ci une stratégie commune définie pour le groupe, transcendant l'intérêt particulier de chaque filiale.

De ce fait, il convient d'aborder les différentes formes d'abus de position dominante de la société mère, ainsi que les sanctions que prévoit la loi contre ces abus.

Sous-section I : Les différentes formes d'abus de position dominante

111. La société mère peut poursuivre un intérêt personnel contraire à l'intérêt social de sa filiale ou s'octroyer un avantage particulier non partagé avec les associés minoritaires de celle-ci.

I- La poursuite d'un intérêt personnel contraire à l'intérêt social

112. L'article 1833 du Code civil français édicte que « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ». La Cour de cassation française a affirmé au visa de cet article que « toute société doit être constituée dans l'intérêt des associés ; qu'il y a abus de minorité ou d'égalité lorsque l'attitude des actionnaires minoritaires est contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci et dans l'unique dessein de favoriser un intérêt égoïste au détriment de celui des autres associés²³³ ». Dans une autre affaire, la même Cour a déclaré que, dans le cadre d'un groupe de sociétés, les opérations réalisées par les membres du conseil d'une filiale dans l'intérêt du groupe ne sont pas constitutifs d'abus de bien sociaux.

Dès lors, la Cour de cassation se réfère à deux acceptions de la notion d'intérêt : l'une tient à l'intérêt social visé à l'article 1833 du Code civil, et l'autre s'appuie sur la notion d'intérêt du groupe pour écarter le délit d'abus de bien sociaux. Cette dualité d'intérêt invite à la réflexion.

A- La notion d'intérêt social

113. La notion d'intérêt de la société ne doit pas être confondue avec celle d'objet social car toutes deux correspondent à des réalités différentes. Un acte peut entrer dans l'objet de la société bien qu'il ne serve pas forcément l'intérêt social. Par exemple, pourrait

²³³V. Cass, 3^e ch. civ. n° 09-10.209, 16 déc. 2009.

être conforme à l'objet d'une filiale, l'accord à sa mère des avals ou des sûretés en exécution d'une convention de trésorerie, alors que ces actes sont de nature à compromettre son intérêt.

L'intérêt social est considéré comme un standard ou un guide qui oblige les associés et les dirigeants à agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société²³⁴. Il détermine la politique suivie par cette société, notamment en matière d'investissement, de distribution de dividendes, ou d'absorption d'autres entreprises. De plus, les pouvoirs des dirigeants et des associés, et les restrictions qui leur sont imposées, varient en fonction de l'acception de l'intérêt social²³⁵. Comme l'interprètent certains auteurs, l'intérêt de la société anime la gouvernance de celle-ci et détermine l'étendue des missions du conseil d'administration (ou du directoire en cas de structure duale)²³⁶.

114. Toutefois, en l'absence d'une définition juridique précise, la notion d'intérêt social n'est pas l'objet d'un accord unanime dans la doctrine et la jurisprudence²³⁷ : deux perspectives essentielles alimentent les débats. Certains auteurs se fondent sur la notion d'entreprise pour appréhender celle d'intérêt social. Ils envisagent la société comme une technique d'organisation de l'entreprise, laquelle doit être gouvernée non seulement pour la réalisation des bénéfices à partager entre les associés mais encore pour des intérêts particuliers, tels que ceux des salariés, des clients, des fournisseurs, des banques, du fisc²³⁸. En ce sens *M. Despax* affirme ²³⁹ : « l'intérêt social n'est que l'intérêt de l'entreprise qui transcende celui des actionnaires et qui constitue la limite des sacrifices des actionnaires ou des salariés, ou qui donne le fondement et l'étendue de l'intervention du juge dans l'appréciation des décisions financières » De même, *Paillusseau*²⁴⁰, favorable à cette idée, précise que l'intérêt social « ne serait rien d'autre que l'intérêt de l'entreprise qui tendrait à

²³⁴ Voir *M. Cozian et alter*, *op. cit.*, p. 181.

²³⁵ Voir *J-P Bertrel*, *Liberté contractuelle et sociétés*, *RTD Com.* 1996 p. 595. « Les dirigeants ne sont pas les seuls à être soumis au respect de l'intérêt social. Les associés eux-mêmes, lorsqu'ils exercent leurs droits politiques, doivent s'y conformer puisque la notion d'abus de majorité et de minorité suppose une violation de l'intérêt général de la société »

²³⁶ Voir *S. Rousseau*, *L'intérêt social en droit des sociétés*, *Rev. soc.* 2009, p. 735 et s.

²³⁷ Le législateur français a fait mention de l'intérêt de la société à travers plusieurs articles. Ainsi dans les sociétés à risque illimité et les SARL, le Code de commerce prévoit que le gérant fait tous actes de gestion dans l'intérêt de la société. De même, dans les sociétés par actions et les SARL, il dispose que se rendent coupables de délit d'abus des biens ou de crédit de la société les dirigeants qui, dans leurs intérêts personnels, auront fait, de mauvaise foi, « des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci ». Il s'ajoute à ceci l'article 1833 du Code civil qui a établi en la matière une règle générale applicable pour toutes les sociétés. Aux termes de cet article « la société est constituée dans l'intérêt commun des associés ».

²³⁸ *D. Schmidt*, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op. cit.*, p. 12.

²³⁹ Voir *M. Despax*, « L'entreprise et le droit », *Paris, LGDJ*, 1957. pp. 203 et ss.

²⁴⁰ Voir *J. Paillusseau*, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, *JCP E* 1993, p. 159.

assurer la prospérité et la continuité de celle-ci. Les dirigeants et les associés majoritaires devraient alors agir conformément à l'organisme économique qui représente l'entreprise²⁴¹ ». *P. Bezard*, Président honoraire de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, a encore déclaré sans ambages que « quant à la jurisprudence, elle est particulièrement claire sur le fait que l'intérêt social ne se ramène pas à l'intérêt des seuls actionnaires²⁴² ». Cet auteur insiste sur l'existence d'une jurisprudence « séduite » par l'idée d'entreprise²⁴³.

La Cour de cassation a eu maintes occasions de manifester sa conception en la matière. Ainsi, selon un arrêt rendu le 18 mars 2003, elle a reproché à la Cour d'appel de Paris d'avoir déduit l'absence d'atteinte à l'intérêt social de la conclusion d'une caution par l'accord unanime des associés²⁴⁴. Selon elle, cette unanimité n'est pas suffisante si elle ne permet pas de satisfaire l'intérêt de la société. Cet arrêt laisse entendre que la Cour de cassation distingue l'intérêt de la société de celui commun aux associés ; elle invoque ainsi (peut-être sans intention) la notion d'entreprise qui ne se cantonne pas aux seuls propriétaires, mais comprend aussi d'autres catégories telles que les salariés, les dirigeants, les fournisseurs, etc. Selon elle, cette unanimité n'est pas suffisante si elle ne permet pas de satisfaire l'intérêt de la société. Dans une autre affaire, la même Cour a sanctionné pour abus de pouvoir l'abstention des associés minoritaires dans le vote d'une décision servant l'intérêt général de la société. Elle précise que « toute société doit être constituée dans l'intérêt des associés ; qu'il y a abus de minorité ou d'égalité lorsque l'attitude des actionnaires minoritaires est contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci et dans l'unique dessein de favoriser un intérêt égoïste au détriment de celui des autres associés²⁴⁵ ». On remarque l'emploi du terme "intérêt général de la société" aux côtés de celui d'"intérêt des associés", ce qui témoigne que l'attitude d'un associé ne devrait pas passer outre l'intérêt de la société, de

²⁴¹Voir aussi *Ch. Chenut, Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, ou les sûretés consenties par les sociétés-filiales à leurs sociétés-mères., revue des sociétés n°203 p. 71. Voir aussi C. Champaud, Les fondements sociaux de la doctrine de l'entreprise, Dalloz 2003, p.117.* Il considère que l'intérêt social doit correspondre à l'intérêt de l'entreprise, entendue comme une réalité économique, humaine et financière organisée sous forme de société, ce qui conduit à y englober également d'autres intérêts que ceux des associés, en particulier ceux des salariés, voire ceux des créanciers, des fournisseurs et des clients.

²⁴²*P. Bézard, Face-à-face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise, Petites Affiches 2004, n° 31, p. 45, spéc. p. 47.*

²⁴³*J-J. Daigre, Bull. Joly Bourse 2000, p.117, sous CA Paris, 1^{ère} chambre, section H : « il est nécessaire de recourir à la notion d'intérêt social pour signifier que les dirigeants doivent respecter un intérêt supérieur, qui dépasse celui des seuls minoritaires ».*

²⁴⁴Voir aussi *Cass. com. n° 00-20041, le 18 mars 2003.*

²⁴⁵*V. Cass, 3^e ch. civ. n°09-10.209, 16 déc. 2009.*

même qu'elle ne peut viser un intérêt personnel en défaveur de l'intérêt commun des autres associés²⁴⁶. L'obligation de respecter l'intérêt général s'applique cependant à tout associé nonobstant l'ampleur de ses participations. Plus récemment²⁴⁷, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé, à propos d'un cautionnement hypothécaire donné par une société civile immobilière à une caisse régionale du Crédit Agricole, que cette garantie, même consentie à l'unanimité des associés, n'est valable que si elle est conforme à l'intérêt social.

Toutefois, la Cour de cassation a été critiquée par certains auteurs qui ont estimé que l'intérêt social ne devrait signifier que l'intérêt des associés, consistant en la création des richesses sociales et en l'optimisation de la valeur des titres²⁴⁸. D. Schmidt considère que la société ne serait pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls vocation à partager les bénéfices sociaux. Il a écrit en ce sens que « la société a pour objet la réalisation du plus important bénéfice social dans le seul intérêt des associés²⁴⁹ ». Dans ce sens aussi M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy considèrent que l'intérêt social se confond avec l'intérêt des associés visé à l'article 1833 du Code civil²⁵⁰. Ils affirment ainsi que « dans la mesure où tous les associés sont d'accord, ils sont libres de décider du sort de la société, dans le respect de l'ordre public et des engagements souscrits à l'égard des tiers²⁵¹ ».

B- Intérêt social et intérêt du groupe

²⁴⁶Voir aussi J-P. Bertrel, *op. cit.*, p. 609 : « on retrouve là la nécessité de trouver un juste milieu, un équilibre, un compromis entre l'individualisme libéral et la prise en compte de l'intérêt général ».

²⁴⁷Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24.438 ; Dr. sociétés 2012, comm. n° 6, obs. H. Hovasse : *L'Essentiel du droit des contrats*, janv. 2012, comm. n° 1, obs. D. Gallois-Cochet.

²⁴⁸Voir dans cette même interprétation de l'intérêt social un autre arrêt de Paris rendu le 19 septembre 2001 (CA. Paris, 1^{re} ch. G, 19 sept. 2001 (n° 95-8845), *Marret c/ Société Champagne Giesler - confirmation partielle de Tribunal de commerce d'Epernay, 18 déc. 1990*). Dans cette affaire, la Cour d'appel a nié l'abus de majorité imputé par le juge du fond à une société-mère associée majoritaire de sa filiale. Il s'agit en l'espèce d'un apport partiel d'actif par la société-mère des titres de sa filiale dans une SCA, effectué sous le régime des scissions et fusions. L'actionnaire minoritaire qui demandait la nullité de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire ayant autorisé cet apport devait, pour la Cour d'appel de Paris, être débouté de sa demande, n'ayant pas démontré que l'opération litigieuse était contraire à l'intérêt social, dans le dessein de favoriser des membres de la majorité. Une position par laquelle la Cour d'appel de Paris, en niant l'abus de majorité, semble reconnaître le droit des majoritaires à recourir à la filialisation, au détriment des minoritaires.

²⁴⁹Voir D. Schmidt, *De l'intérêt social*, RD banc. Fin. 1995, n°50, p. 130 ; voir aussi pour ce même auteur, *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, *op. cit.*, p. 13 « du point de vue de l'actionnaire, l'intérêt social se confond avec l'intérêt des actionnaires ».

²⁵⁰La Cour de cassation a infirmé un arrêt de la Cour d'appel de Besançon pour violation à l'article 1833 du Code civil. Celle-ci avait distingué entre l'intérêt commun des associés et l'intérêt social (Cass. com. n.99-11-999, 18 juin 2002 p.116) . Voir aussi Cass. com, n° 17-11. 739, 29 mai 1972, p. 160 : « lorsqu'il existe une divergence entre associés sur la définition de l'intérêt social, le juge ne peut que s'incliner devant ce qui est arrêté par le jeu normal par la loi de la majorité, en dehors de toute fraude. »

²⁵¹Voir la même référence, plus haut, p. 182.

115. La problématique de l'intérêt social apparaît avec plus d'évidence dans le cadre de groupes de sociétés, notamment avec l'émergence dans la jurisprudence du concept "d'intérêt de groupe" justifiant sous certaines conditions le délit d'abus de biens sociaux²⁵². La société mère jouit d'une certaine liberté pour utiliser la trésorerie d'une filiale afin de régler des dettes personnelles, ou relatives à d'autres sociétés liées à son groupe. Le délit d'abus de biens sociaux a été ainsi écarté, sous certaines réserves, en raison de l'existence de l'intérêt commun du groupe, différent de celui afférent à chaque société membre²⁵³. Cependant, malgré ses effets pénaux, l'intérêt commun du groupe ne peut pas empêcher la responsabilité civile de la société mère, issue du délit d'abus de biens sociaux. Bien que cette société soit encouragée par le droit pénal à exploiter ses filiales au service de son entreprise, elle n'est pas à l'abri des poursuites civiles de ses coassociés. Ce fait peut en l'occurrence conduire à l'existence d'un conflit d'intérêt entre cette société et les associés minoritaires dans les filiales. Ces derniers, qui n'ont pas d'intérêt effectif lié au groupe, se trouvent souvent victimes d'actes conclus par la société mère, ayant pour objet de servir un intérêt étranger au leur.

On s'aperçoit, dès lors, que la survenance du conflit d'intérêt au sein d'une société membre d'un groupe, semble plus probable que dans une société isolée, car il existe en la matière un double intérêt : intérêt commun de groupe et intérêt particulier à chacune des sociétés membres. L'intérêt de groupe conduit la société mère à dépasser les formes classiques de ses filiales au profit de son entreprise globale. Une telle tendance constitue en réalité un vrai souci pour les intérêts liés aux sociétés filiales, dont ceux des associés minoritaires.

²⁵² Voir M. Pariente, *op. cit.*, p. 806. Il affirme que « les éléments qui différencient le groupe d'autres structures sont le contrôle, l'unité de décision et l'intérêt commun du groupe qui transcendent celui de ses composantes ».

²⁵³ Les conditions de l'écart de ce délit ont été affirmées par plusieurs arrêts de cassation et des juges du fond. Il s'agit de trois essentielles : en premier lieu il faut établir l'existence d'un groupe de sociétés réunies par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié par une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ; en deuxième lieu, le concours financier apporté par la société ne doit pas rompre l'équilibre entre les sociétés concernées par l'opération en cause. En troisième lieu, ce concours ne doit pas dépasser les possibilités financières de la société débitrice. Ces conditions ont été avancées par la Cour de cassation pour la première fois dans son arrêt du 04 févr. 1985. Les dirigeants des groupes pourraient dorénavant être exonérés du délit d'abus de bien sociaux. La Cour déclara dans cette décision que « pour échapper aux prévisions des articles 425-4° et 437-3° de la loi du 24 juillet 1966 (devenus l'article du Code de commerce), le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge ; que tel n'était pas le cas en l'espèce, les moyens réunis doivent être écartés ». Voir plus en détail sur le délit d'abus de biens sociaux commis par les dirigeants des sociétés incluses dans un groupe, *infra* n° 514 et s.

116. En l'absence de règles spécifiques aux groupes, la protection des associés minoritaires des filiales soulève d'importantes difficultés lors d'un éventuel conflit d'intérêt entre eux et la société mère. On hésite en l'occurrence entre deux solutions : faire prévaloir l'intérêt social de la filiale et ainsi interdire à la société mère l'exercice de son droit de vote, ou favoriser l'intérêt du groupe. La difficulté est surmontée lorsqu'il existe des règles spécifiques, telles que celles des conventions réglementées ou des avantages particuliers, mais elle subsiste en dehors de ces deux cas.

C- La protection de l'intérêt de la filiale contre l'égoïsme de la société mère

117. Le dirigeant et l'associé ne peuvent être jugés fautifs et privés de leur droit de vote pour le seul motif qu'ils disposent d'un intérêt particulier dans la société. Les associés minoritaires ne peuvent pas empêcher leurs coassociés majoritaires de guider la société, sous le simple prétexte que ces derniers sont intéressés à la décision à voter. Même si cette règle contrevient au droit commun qui exige l'unanimité pour tout acte conclu, elle a été adoptée pour donner un gage d'efficacité à la société. En effet, les associés majoritaires, prenant à leur charge le risque le plus important, sont considérés comme les plus attachés à l'intérêt social. La loi de la majorité semble d'autant plus inévitable dans la direction sociale (conseil d'administration ou de surveillance, directoire), où les décisions se prennent à un rythme rapide et demandent une certaine simplicité.

Il faut dès lors distinguer l'intérêt égoïste de l'associé majoritaire de son intérêt social. Seul le premier présente un péril majeur pour les associés minoritaires et nécessite ainsi d'être prévenu. Il s'agit de l'intérêt personnel, orienté par des motifs contraires à l'intérêt social. Cette expression s'applique au vote dicté par la recherche d'un avantage personnel au préjudice des autres associés : avantage dans la société ou intérêt personnel hors de la société, contraire à l'intérêt social.

118. Toutefois, la question à laquelle nous devons répondre porte sur l'interdiction du vote animé de l'intérêt égoïste de la société mère associée ou dirigeante de sa filiale. Faut-il interdire à celle-ci un tel vote ?

La réponse de principe doit être affirmative. La société mère en qualité d'associé ou de dirigeant de sa filiale ne saurait faire de son droit de vote un usage contraire à son intérêt dans cette dernière ou contraire aux autres intérêts légitimes des autres associés en

vue de trouver une contrepartie personnelle. Comme l'indique *M. Jeantin*²⁵⁴ à juste titre, «l'actionnaire qui a un intérêt personnel à l'adoption d'une résolution doit être privé du droit de vote».

Le Code de commerce libyen va au terme de cette logique et prévoit l'interdiction pour l'associé ou le dirigeant de voter les décisions auxquelles ils ont un intérêt personnel contraire à leur intérêt social, énonçant en même temps la sanction que doit encourir un tel vote. Dans ce sens l'article 159 prévoit que « l'actionnaire ne peut voter aux décisions dont il dispose, personnellement ou à titre de mandataire, d'un intérêt direct ou indirect contraire à l'intérêt social. En cas de violation, la décision est annulable s'il a été établi que les associés interdits de vote avaient été à l'origine de son existence et qu'elle met en jeu l'intérêt de la société ». Le deuxième alinéa de cet article, s'appliquant aux dirigeants, interdit aux membres du conseil d'administration de voter aux décisions portant sur leur responsabilité. Cette dernière disposition a été réaffirmée d'une manière plus exhaustive par l'article 181 du même Code au sens duquel : si le président ou l'un des membres du conseil d'administration dispose, à titre personnel ou pour l'un de ses proches parents jusqu'au quatrième degré, ou encore pour une personne représentée par lui, d'un intérêt contraire à l'intérêt social, il doit en faire état au conseil d'administration et au comité de surveillance, et s'abstenir de participer aux délibérations y relatives.

119. D'après ces dispositions, il apparaît que l'opposition entre l'intérêt personnel et l'intérêt social de l'associé et du dirigeant est suffisamment traitée en droit libyen. Ces derniers sont obligés de s'abstenir de vote chaque fois qu'ils ont un intérêt personnel contraire à l'intérêt social. De plus, l'interdiction de vote déterminé par un intérêt indirect de ces personnes, peut constituer pour les associés minoritaires dans les groupes une "soupape de sûreté" importante. En effet, les sociétés filiales, contrôlées dans leurs assemblées générales et leur direction par la société mère, peuvent se voir obligées de prendre des décisions qui, bien que ne servant pas directement cette dernière, favorisent d'autres sociétés membres du groupe auxquelles elle est intéressée. Une société mère, actionnaire majoritaire de sa filiale, qui vote à l'assemblée générale de celle-ci un apport partiel d'actif à une autre filiale, peut être considérée comme indirectement intéressée à cette opération (par exemple elle a voté pour sauver sa filiale d'une liquidation judiciaire susceptible d'engager la société mère en comblement de passif).

²⁵⁴ *M. Jeantin, Droit des sociétés, 2^e éd., Montchrestien, Paris 1992, n°203, p.108.*

Toutefois, même s'ils sont pertinents pour résoudre l'antagonisme entre l'intérêt personnel du dirigeant ou de l'associé et l'intérêt social, ces articles ne semblent pas aussi satisfaisants que souhaitable car ils opèrent une distinction entre les personnes intéressées par la décision. Le vote ne peut être mis en question que lorsqu'il sert le dirigeant ou l'associé au détriment de l'intérêt social. Un vote orienté par l'intérêt d'un tiers n'a pas à être jugé fautif. Prenons à titre d'exemple, un groupe de sociétés structuré d'une manière pyramidale, et composé d'une société-mère, holding, filiale et sous-filiale. La société filiale, qui vote dans l'assemblée générale de cette dernière une décision d'absorption en faveur de la société mère, pourrait être dépourvue d'intérêt personnel, voire lésée, alors que la décision intéresse la société mère absorbante en défaveur de la sous-filiale absorbée.

En vérité, il conviendrait de modifier ces deux dispositions de sorte que l'interdiction de vote soit dirigée par le seul intérêt de la société, nonobstant la personne intéressée par l'acte à voter. On peut dans ce sens s'inspirer de l'article 2373 du Code civil italien qui va au terme de cette logique et édicte que « l'associé ne peut exercer son droit de vote pour les délibérations dans lesquelles il a, pour son propre compte ou pour le compte de tiers, un intérêt en conflit avec celui de la société ²⁵⁵ ».

120. S'agissant du droit français, la contradiction entre l'intérêt personnel et l'intérêt social ne semble pas proprement traitée²⁵⁶. Pour l'associé, le Code de commerce sanctionne le vote constitutif d'un abus de pouvoir ou de biens sociaux sans prévoir de mesures de prévention du conflit. Il laisse l'associé intéressé exercer son droit de vote, en intervenant postérieurement quand cet exercice sacrifie l'intérêt social au profit de l'intérêt personnel de l'intéressé. Comme *D. Schmidt* l'écrit : « celui qui poursuit un intérêt personnel contraire à son intérêt d'actionnaire peut participer au vote, voire imposer sa décision grâce au nombre de votes dont il dispose en assemblée, et sacrifier de la sorte non seulement ses intérêts dans la société mais aussi ceux de ses coactionnaires ». Cette lacune semble malheureusement irrémédiable pour l'associé. En effet, l'invitation à l'abstention – que prévoient le droit libyen et certains autres – paraît contrevenir à l'article 1844 du Code civil prescrivant que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Nulle clause statutaire ou conventionnelle ne peut déroger à cette règle impérative, car comme l'interprète *P. Le Cannu*²⁵⁷, la privation d'un associé de son droit de vote peut être vue

²⁵⁵ Voir la traduction de ce texte, *D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, préc., n°143, p.150.*

²⁵⁶ Voir aussi, *P-F. Cuif, Le conflit d'intérêts, RTD Com. 2005 p1 ; D. Schmidt, ibidem, p.139 et s.*

²⁵⁷ *P. Le Cannu, L'article 1844 du Code civil et l'exclusion d'un associé de SAS., note sous cassation (com) 23*

comme une sanction qui porte atteinte au principe selon lequel un propriétaire ne peut être privé de sa propriété de manière abstraite et sans fondement légal ». D'ailleurs, la Cour de cassation interprétant ce texte n'autorise aucune stipulation contraire. Dans un arrêt rendu le 23 octobre 2007, elle a estimé que, sauf règle particulière, les statuts ne peuvent déroger à l'article 1844 aliéna 1^{er} du Code civil par l'interdiction à un associé de participer aux décisions collectives et de voter. Elle ajoute que « les statuts d'une société par actions simplifiées peuvent, dans les conditions qu'ils déterminent, prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions, ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition»²⁵⁸.

121. Toutefois, quand bien même est-il impossible de priver un associé de son droit de vote, il n'en demeure pas moins que les tribunaux peuvent contrôler et sanctionner après coup un vote préjudiciable à l'intérêt social et à celui des associés. Ce pouvoir judiciaire constitue un devoir qui astreint l'associé intéressé à révéler son intérêt personnel et à s'abstenir de vote et qui amène en conséquence à faire qu'il évite de se voir imputer le délit d'abus de pouvoir ou de biens sociaux.

Cependant, s'agissant du dirigeant, l'abstention au vote en cas de conflit d'intérêt, bien que ne relevant d'aucune disposition législative, peut être imposée par une clause statutaire ou par une convention extrastatutaire.

II- l'octroi personnel d'un avantage particulier

122. La société mère, associée majoritaire de sa filiale, peut tirer parti de sa position dominante pour avoir des avantages particuliers non partagés avec ses coassociés minoritaires. Ses participations majeures l'incitent souvent à profiter de certaines situations en excluant les autres associés de sa filiale : occupation des postes d'administration ou de gestion, souscription exclusive à une augmentation du capital, détention du droit de vote double, etc. En vue de prévenir un tel conflit d'intérêts, certaines dispositions législatives prévoient la possibilité de priver l'associé de son droit de vote, lorsque l'usage de ce droit induit son octroi d'un avantage indu au détriment de la société ou des autres associés.

Seront à cet égard évoquées : la notion, la procédure et les règles afférentes au régime des avantages particuliers.

oct. 2007. Rev. soc. 2007 p.814

²⁵⁸ Pour plus de détails voir infra n° 202 et s.

A- La notion d'avantage particulier

123. En l'absence de définition légale, la doctrine et la jurisprudence sont hésitantes. Selon *C. Bosvieux*²⁵⁹ « l'avantage particulier est tout droit et toute allocation ou rétribution ayant pour effet de rompre l'égalité entre les associés ». Selon *L. Lyon-Caen* et *L. Renault*²⁶⁰ tout ce qui rompt l'égalité entre les associés constitue un avantage particulier. D'après *Copper-Royer*²⁶¹, « il y aura avantage particulier chaque fois que la société attribuera à un associé, ou à certains associés, ou encore à certains futurs associés, un droit allant à l'encontre du principe d'égalité qui doit dominer les rapports de tous les actionnaires les uns avec les autres²⁶² ».

Ces analyses anciennes ont influencé nombre d'auteurs contemporains. Ainsi, selon *P. Hainaut-Hamende* et *G. Raucq*, l'avantage particulier est « tout avantage qui n'est pas accordé uniformément à tous les actionnaires (...). Un avantage suppose qu'il n'est accordé qu'à certaines personnes. Un avantage qui serait attribué à tout le monde cesserait d'être un avantage particulier²⁶³ ». Quant à *D. Schmidt*, « on peut considérer qu'il y a avantage particulier chaque fois qu'une personne retire de la société un droit ou un gain non partagé avec les associés ». *A. Charveriat* et *A. Couret* relèvent à bon escient que l'avantage particulier qui doit être conféré à la personne et non au titre, « doit s'entendre de toute faveur, de nature pécuniaire ou autre, attribuée à titre personnel à un associé qui crée un droit sur la société, distinct de ceux détenus par les autres associés²⁶⁴ ».

²⁵⁹ *C. Houpin et H. Bosvieux, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations avec formules, 7e éd. Paris. 1935*

²⁶⁰ *Manuel de droit commercial, 15^{ème} éd., par Amiaud, Paris 1928, p.233.*

²⁶¹ *Le Traité des sociétés anonymes, 4^{ème} éd., Dalloz, Paris 1931, tome 1, p.476, n° 84.*

²⁶² Ces analyses anciennes ont influencé nombre d'auteurs contemporains. Ainsi selon *P. Hainaut-Hamende* et *G. Raucq* (*Les sociétés anonymes, constitution et fonctionnement, Larcier 2005 p.105*), l'avantage particulier est « tout avantage qui n'est pas accordé uniformément à tous les actionnaires (...) Un avantage suppose qu'il n'est accordé qu'à certaines personnes. Un avantage qui serait attribué à tout le monde cesserait d'être un avantage. » ; quant à *D. Schmidt* (*Le conflit d'intérêts dans la société anonyme, op. cit.*), « On peut considérer qu'il y a avantage particulier chaque fois qu'une personne retire de la société un droit ou un gain non partagé avec les associés » ; *A. Charveriat* et *A. Couret*, ont écrit que l'avantage particulier « doit s'entendre de toute faveur, de nature pécuniaire ou autre, attribué à titre personnel à un associé qui crée un droit sur la société, distinct de ceux détenus par les autres associés ».

²⁶³ *P. Hainaut-Hamende et G. Raucq, idem.*

²⁶⁴ *A. Charveriat et A. Couret, Sociétés commerciales, Mémento Pratique Francis Lefebvre, 2006, n°7205 p.428.* Voir aussi : *D. Randoux, La fusion absorption ne confère pas d'avantage particulier à la société absorbante, actionnaire majoritaire de la société absorbée, Rév soc 1994 p. 713* : Pour lui : « l'avantage devant s'entendre de toute faveur de nature pécuniaire ou autre attaché à titre personnel à un associé ou un tiers » ; *M. Cozian et alter, op. cit., p.240* : « l'avantage particulier est une faveur attribuée à une personne dénommée » selon ces auteurs « une semblable définition conjugue deux éléments : l'existence d'une faveur et la référence à une personne dénommée » .

Dans la jurisprudence, on peut invoquer un ancien arrêt de la Cour de cassation²⁶⁵ qui a défini l'avantage particulier comme « une disposition autorisant l'un des associés à opérer, sur le fonds commun ou ses produits, un prélèvement que les autres associés ne pourraient faire ».

À la lecture de ces définitions, le critère de l'avantage particulier réside essentiellement dans la rupture d'égalité entre les associés ayant la même position dans la société, laquelle résulte de tout octroi d'un gain non partagé par eux. Cet octroi pourrait être institué par les statuts de la société ou par un protocole d'accord,²⁶⁶ à titre gratuit ou à titre onéreux²⁶⁷. Mais il faut tenir compte que l'égalité en la matière est appréciée au sein d'une même catégorie d'associés et non pas en fonction de la qualité absolue d'associé. Il n'existe pas d'avantage particulier lorsqu'il n'y a pas rupture de cette égalité, telle qu'en cas de privilèges octroyés par la loi à une catégorie d'actions, sans considération de la personne du titulaire²⁶⁸. Il n'y a pas non plus avantage particulier lorsqu'il existe une contrepartie effective qui revient à la société, telle la rémunération d'une société-mère moyennant des services techniques ou administratifs apportés à sa filiale, ou le cas du remboursement de frais dépensés dans le cadre de la constitution de cette filiale²⁶⁹.

124. En outre, selon un arrêt de la Cour d'appel de Douai, l'avantage particulier n'existe pas en cas de fusion entre société mère et sa filiale absorbée si la société mère absorbante recueille la totalité du patrimoine actif et passif de la filiale, et que les actionnaires minoritaires de cette dernière reçoivent en contrepartie des actions de la société-mère dans des conditions équitables²⁷⁰. Ladite Cour, confirmant un jugement du Tribunal de Commerce de Roubaix²⁷¹, n'a pas admis que l'attribution du patrimoine social de l'absorbée au coactionnaire absorbant constitue pour ce dernier un avantage particulier. Le Tribunal s'est contenté d'affirmer que « l'attribution de l'intégralité du fonds social est réalisé au seul profit de la société PINAULT Printemps en tant que société absorbante et

²⁶⁵ Civ., 6 mars 1936 : DH 1935. 265 ; jour. soc. 1936. 614, note Cordonnier.

²⁶⁶ Voir : D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., p. 99 : « toute faveur consentie à une actionnaire déterminée est susceptible de relever de la procédure légale de vérification ».

²⁶⁷ Le Code de commerce français n'a pas précisé que l'avantage particulier doit être octroyé à titre gratuit. Mais la doctrine prépondérante considère même les avantages à titre onéreux comme particuliers ; ainsi selon D. Schmidt, *idem* p.102 « il n'y pas à distinguer selon que l'avantage a été octroyé à titre gratuit ou à titre onéreux. ». Il existe néanmoins certains auteurs qui pensent que seuls les avantages sans contrepartie méritent d'être soumis à la procédure de vérification.

²⁶⁸ Voir J. El Ahdab, *La prise en charge financière par la société et la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ?* Rév soc 2008 n° 74 p. 239.

²⁶⁹ Voir T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, Kluwer 2005, n°2532 .p. 523.

²⁷⁰ Voir : CA. Douai (2^e Ch.), 7 juill. 1994.

²⁷¹ T. Roubaix, 6 mai 1994.

non en tant qu'actionnaire de la Redoute »²⁷².

B- Les règles régissant l'avantage particulier

125. Il existe dans le Code de commerce français plusieurs règles afférentes aux différentes formes sociales. Ainsi, lorsqu'il s'agit de la constitution d'une société anonyme, l'article L. 225-8 édicte qu'« en cas d'apport en nature comme au cas de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non, un ou plusieurs commissaires aux comptes sont désignés par décision de justice (...), ils apprécient sous leur responsabilité la valeur des apports en nature et les avantages particuliers (...), l'assemblée générale constitutive statue sur l'évolution des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers » ; l'article 225-10 prescrit que « lorsque cette assemblée statue, les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité » et que « l'apporteur ou le bénéficiaire n'a voix délibérative, ni pour lui-même ni comme mandataire ». Lorsque la société est constituée sans appel public à l'épargne, « le commissaire aux comptes apprécie les avantages particuliers ; dans tous les cas les statuts contiennent l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci » (C. com. art. L. 225-14).

126. Lors d'une augmentation de capital, l'article L. 225-147, relatif à la même société, prévoit que les commissaires aux apports apprécient sous leur responsabilité les avantages particuliers et que les dispositions de l'article L. 225-10 sont applicables à l'assemblée générale extraordinaire qui approuve l'octroi des avantages particuliers. Ce dernier texte s'applique également en cas d'augmentation de capital par appel public à l'épargne réalisée moins de deux ans après la constitution de la société ; sans appel public à l'épargne lorsque des avantages particuliers sont stipulés (article L. 225-131, al. 2).

127. Lors d'un programme de rachat de ses actions par une société non cotée, l'article L. 225-209-2 du Code de commerce (issu de l'article 6 de la loi de finances n°2012-354 du 14 mars 2012) reconnaît à l'assemblée générale ordinaire d'une société non cotée, le pouvoir d'autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à acheter un nombre d'actions représentant jusqu'à 10% du capital de la société, en vue de les revendre aux actionnaires ou les distribuer aux salariés. Le dernier alinéa de cet article

²⁷² Cet arrêt a été critiqué par D. Schmidt selon qui « en décidant d'appliquer le régime des fusions et non celui de la procédure des avantages particuliers, elles (les deux décisions) ont opéré un choix qui facilite la fusion entre les sociétés et leurs filiales. Mais ce choix s'opère au détriment de la protection des intérêts des actionnaires de la filiale absorbée ». Voir D. Schmidt, *ibidem*, p.107.

prévoit qu'en aucun cas, ces opérations ne peuvent porter atteinte à l'égalité entre les actionnaires (la société doit offrir la vente des titres achetés à tous ses actionnaires). D'autres règles identiques s'appliquent à d'autres opérations liées au capital et au rachat d'actions. Ainsi, lors d'une réduction de capital non motivée par des pertes (qui s'accompagne d'une distribution d'actifs entre les actionnaires et d'une annulation corrélative des actions de ces derniers), l'article L. 225-204 prévoit qu'en aucun cas cette opération « ne peut porter atteinte à l'égalité des actionnaires ». De même, l'article R. 225-153, pris pour l'application de l'article L. 225-207, dispose que lorsque l'assemblée générale a décidé une réduction de capital par rachat d'actions en vue de les annuler, une offre de rachat doit être faite à tous les actionnaires.

128. Lors d'une fusion, l'article L. 236-10-IV, concernant la SA énonce que les commissaires aux comptes apprécient sous leur responsabilité les avantages particuliers et établissent à cet effet le rapport prévu à l'article L. 225-147. Lors d'une transformation d'une société de quelque forme que ce soit en société par actions telle qu'une SA, SCA, ou SAS, l'article L. 224-3 charge les commissaires à la transformation d'apprécier les avantages particuliers²⁷³.

Ces mesures préventives présentent pour les associés minoritaires en général et ceux des sociétés filiales en particulier une garantie efficace. En effet, la société mère, associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, n'a pas vocation à s'octroyer des avantages particuliers non partagés avec les associés minoritaires de sa filiale. En cas de violation, ces derniers peuvent remettre en cause sa responsabilité civile ainsi que demander la nullité de son octroi de l'avantage.

129. D'ailleurs, depuis la réforme apportée par la loi du 24 juillet 1966 (actuel Code de commerce), la procédure des avantages particuliers a été étendue à la faveur octroyée à une personne non associée. Elle n'est plus regardée comme constituant uniquement des modes de garantie de la sauvegarde des intérêts des associés, mais également considérée comme destinée à assurer le respect des intérêts propres de la société²⁷⁴. En d'autres termes, et comme l'affirme *Percerou*, « il ne s'agit pas, pour cette procédure, seulement de

²⁷³ Ces dispositions sont applicables aux SAS en vertu de l'article 227-1 du Code de commerce qui renvoie d'une manière générale aux règles concernant les sociétés anonymes. Cet article prévoit que « *dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-126, L. 225-243 et du I de l'article L. 233-8, sont applicables à la société par actions simplifiées* »

²⁷⁴ R. *Percerou*, *La notion d'avantage particulier*, in *dix ans de conférence d'agrégation, Hommage à Hamel. J.*, Paris 1961, p. 173.

faire respecter le principe de l'égalité entre associés, mais également d'assurer la constitution réelle d'un patrimoine et plus précisément d'un capital social franc et quitte de toutes charges anormales pour la société, qui constitueraient au profit de telle ou telle personne un avantage particulier sans justification ».

De ce fait, comme la société mère peut contrôler une filiale sans avoir des participations majoritaires dans son capital²⁷⁵, la procédure de vérification lui sera imposée par ces règles. Elle offre ainsi une protection efficace pour les associés de cette filiale, de même que pour son patrimoine, susceptible d'être sacrifié en faveur d'une autre société membre du groupe.

C- La procédure d'avantage particulier

130. C'est aux commissaires aux apports, désignés par décision de justice, qu'il incombe de procéder à l'évaluation des avantages particuliers (C.com. art. L. 225-8). Ces commissaires doivent établir un rapport par lequel ils apprécient sous leur responsabilité les avantages particuliers octroyés à un associé ou dirigeant²⁷⁶. Le rapport doit être déposé au greffe avec le projet de statuts sociaux, ainsi que tenu à la disposition des souscripteurs ou associés. L'assemblée générale statue sur l'octroi de l'avantage particulier aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées extraordinaires. Les bénéficiaires ne participent pas au vote, leurs actions ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. Ils n'ont pas voix délibérative ni pour eux-mêmes ni comme mandataires (art. L. 225-10). Il en est de même en cas d'émission d'actions de préférence au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés (art. L. 228-15, al. 1²⁷⁷).

131. Lorsqu'il s'agit d'une société-mère intéressée par un avantage particulier, elle se

²⁷⁵ (cf) supra n°39 et s. Comme il l'a été souligné, la notion de contrôle n'est pas en lien exclusif avec la détention d'une fraction du capital. Elle peut être fondée sur la détention par la société contrôleuse d'une fraction des droits de vote (C. com., art. L. 233-3 al.2,3), ou sur son pouvoir de nommer la majorité des organes sociaux (C.com., art L. 233-16 al.2).

²⁷⁶ V. A. Charvériat et alter, *Sociétés commerciales*, 2011, *Mémento Pratique Francis Lefebvre*, op. cit., n°48584, p.721.

²⁷⁷ Aux termes de cet article : « La création de ces actions donne lieu à l'application des articles L. 225-8, L. 225-14, 225-147 et 225-148, relatifs aux avantages particuliers lorsque les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs associés nommément désignés. Dans ce cas, le commissaire aux apports prévu par ces articles est un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis cinq ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société. Les titulaires d'actions devant être converties en actions de préférence de la catégorie à créer ne peuvent, à peine de nullité de la délibération, prendre part au vote sur la création de cette catégorie et les actions qu'ils détiennent ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité, à moins que l'ensemble des actions ne fasse l'objet d'une conversion en actions de préférence. Par dérogation au premier alinéa, lorsque l'émission porte sur des actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée, l'évaluation des avantages particuliers qui en résultent est faite dans le rapport spécial mentionné à l'article L. 228-12 ».

soumet à la même procédure de vérification et à la même interdiction de vote. Ses coassociés minoritaires disposeront ainsi d'un fort pouvoir à l'assemblée générale de sa filiale. Ils sont à même de désapprouver l'octroi d'un avantage particulier dont ils ne profitent pas. Du reste, cette faculté pourrait en matière des groupes être jugée comme inadéquate, puisqu'elle aboutit à exclure du vote la société mère, associée majoritaire, et à faire ainsi prendre les décisions par les seuls minoritaires²⁷⁸. Elle devient encore plus paradoxale lorsque la participation des minoritaires est tellement faible que cette société détient la quasi-totalité du capital de sa filiale.

D- Les personnes soumises à la procédure de vérification

132. Le Code de commerce français détermine avec précision les personnes auxquelles s'applique l'interdiction d'exercer le droit de vote qu'établissent les règles précédentes. L'interdiction frappe à la fois la personne titulaire du droit de vote, celle intéressée directement par l'avantage particulier (le fondateur, l'associé, le dirigeant ou même les tiers), et la personne qui la représente. Cette interdiction de vote est nettement énoncée à l'article 225-10 précisant que l'intéressé « n'a voix délibérative ni pour lui-même ni comme mandataire ». Selon ce texte, l'interdiction ne frappe pas seulement la personne intéressée en tant que titulaire de l'avantage particulier, mais également mandataire de la personne titulaire de cet avantage, de sorte qu'elle ne peut représenter un autre actionnaire. Il s'agit d'éviter tout conflit d'intérêts en défaveur des associés minoritaires. En effet, et comme le souligne D. Schmidt, l'intéressé prend en l'occurrence « appui sur le lien qui l'unit à une autre personne pour lui donner des instructions de vote, l'intérêt de celle-ci, lié à son donneur d'ordre, entre en conflit avec celui d'autres actionnaires. En conséquence, la règle veut que la personne liée soit soumise à la même interdiction que l'intéressé ».

Néanmoins, cette démonstration n'évoque pas la situation la plus complexe, relative aux personnes liées à l'intéressé par des rapports autres que cette technique de représentation : c'est à dire par des liens résultant des contrats commerciaux ou financiers, des pactes entre actionnaires, des conventions de vote, des participations capitalistiques indirectes, ou plus généralement par tout rapport créant une dépendance ou une obligation entre l'intéressé et la personne liée. Ces cas s'avèrent d'ailleurs concrétisés et délicats à traiter dans les groupes de sociétés dont la structure se compose d'entités variées. Le vote peut procéder non directement de la société mère intéressée par l'avantage particulier, mais

²⁷⁸ Voir : P. Didier, *La nature juridique des obligations remboursables en actions et les droits des porteurs d'ORA*, note sous cassation (Cass, com., 13 juin 1995), *Rev soc* 1995 p.736.

également d'une filiale ou sous-filiale de cette société, ce qui invite à s'interroger si on peut voter ou non pour l'octroi de l'avantage par ces sociétés liées. Avant de répondre à cette question, prenons d'abord cet exemple : une filiale fait apport en nature à sa sœur, la société mère vote dans l'assemblée générale de cette dernière l'approbation de l'apport pour la première. De même, une filiale A. actionnaire égalitaire dans sa sœur B. vote pour l'augmentation du capital de cette dernière, réservée à la société mère C.

133. On constate dans de tels cas que la société intéressée par l'avantage particulier ne participe pas directement au vote relatif à l'octroi de cet avantage, mais par l'intermédiaire d'une société liée à son groupe, telle qu'une filiale ou une sous-filiale. Selon la logique, ces dernières ne peuvent exercer leur droit de vote²⁷⁹. La société intéressée par l'avantage particulier profite du contrôle qu'elle exerce sur la société votant cet avantage. Elle est susceptible de lui donner des instructions de vote. Même lorsqu'il s'agit d'une filiale intéressée par un avantage particulier dans sa sœur, le vote de la société mère pour l'accord de cet avantage ne peut être que qualifié de « vote intéressé » et ainsi interdit. L'interdiction d'exercer le droit de vote semble en l'occurrence nécessaire pour éviter tout conflit d'intérêts entre la personne pour laquelle on vote et la société et ses associés minoritaires. Comme la Cour d'appel de Versailles l'affirme²⁸⁰ : « c'est la volonté de la société mère qui impose aux filiales des décisions contraires à leur intérêt social ».

134. Toutefois, la jurisprudence française ne semble pas être convaincue par ce raisonnement. Prenant appui sur l'autonomie des sociétés membres du groupe, la Cour de cassation²⁸¹ a refusé de sanctionner par la nullité le vote exercé par une filiale dans le seul but d'octroyer un avantage particulier à sa mère. Il s'agit pour cette décision d'une société financière qui détenait 11,37% directement et 10,23% indirectement, par l'intermédiaire de trois filiales, du capital d'une autre société ayant émis des obligations. La société financière ne doit pas voter dans la masse des obligataires de cette dernière, mais ces trois filiales, elles-mêmes obligataires, votent à l'assemblée de la masse convoquée pour approuver la modification de la date d'échéance et de la parité de remboursement des obligations. La Cour d'appel de Versailles²⁸², constatant que le vote des filiales sert à imposer la volonté des dirigeants de la société-mère, décide que « la règle de l'autonomie ne saurait s'opposer

²⁷⁹ Voir aussi D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., pp. 132 et ss.

²⁸⁰ CA Versailles, 17 nov. 1994. JCPÉ 1994, pan. 1327 ; RD bancaire et bourse 1994, n°39, p.24, obs. F. Peltier ; bull. Joly Bourse 1995, p.42, note T. Bonneau.

²⁸¹ Cass. Com., 13 juin 1995.

²⁸² Voir l'arrêt précité au dessus.

à l'extension d'une interdiction de vote dès lors qu'il existe une absence évidente d'indépendance des organes de la filiale ». Elle sanctionne en conséquence le vote émis par les filiales. Selon elle, il suffit que la société obligataire détienne 10% du capital d'une autre société, à travers des filiales qu'elle contrôle, pour qu'elle soit soumise à la procédure relative aux avantages particuliers²⁸³. La Chambre commerciale de la Cour de cassation casse l'arrêt en déclarant que « l'interdiction faite à une société qui détient au moins 10% du capital de la société débitrice de voter à l'assemblée des obligataires ne peut résulter que de sa participation directe dans le capital de cette société ». La Cour de cassation a donc estimé que la décision de l'assemblée générale d'obligataires n'était pas abusive, en considérant que les associés minoritaires n'ont pas prouvé que la société mère avait imposé à ses filiales de voter contrairement à leur intérêt d'obligataires, ou que ces dernières avaient voté en considération d'un autre intérêt que le leur.

Dans cette affaire, la Cour de cassation ne s'est pas suffisamment approchée de la réalité du groupe où les rapports du contrôle entre mère et filiales peuvent se fonder sur d'autres liens que les simples participations au capital. Comme l'a fait entrevoir la Cour d'appel de Versailles, la direction des sous-filiales ne peut être considérée comme indépendante de la société mère sur le seul prétexte qu'il n'existe pas de telles participations, puisqu'elle est réellement entre les mains des dirigeants de cette dernière²⁸⁴.

Sous-section II : Les sanctions de l'abus de position dominante

135. Même si elle n'est pas obligée de s'abstenir du vote, la société mère, qui dispose d'un intérêt personnel contraire à son intérêt social dans la filiale, peut engager sa responsabilité. En fonction de l'exercice abusif de son contrôle, elle risque d'encourir, certaines sanctions prévues pour l'abus de vote, de pouvoir ou de contrôle. Elle n'a pas à se prévaloir de la notion d'intérêt de groupe pour se soustraire à la poursuite des associés minoritaires de sa filiale²⁸⁵.

²⁸³ Voir : P. Didier, *La nature juridique des obligations remboursables en actions et les droits des porteurs d'ORA*, note sous cassation (Cass, com., 13 juin 1995), *Rev. Soc.* 1995 p.736 ; P. Le Cannu, *Obligations remboursables en actions, les enseignements de l'arrêt Métrologie International*, *Bull. Joly Bourse* 1995, p. 251 ; voir encore Schmidt (D), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n°132, p. 132.

²⁸⁴ Voir encore P. Didier qui considère la solution adoptée par la Cour de cassation comme stricte et non pleinement satisfaisante. Il convient selon lui que la société procède à des procédures de concertation préalables avec leurs minoritaires, par exemple, « qu'elles les invitent d'abord à voter entre eux, pour voir quelle majorité se dégage en leur sein, puis en cas de conflit potentiel, qu'elles sollicitent la nomination d'un mandataire qu'elles envisagent des solutions modulées selon les intéressés, et qu'en somme elles cherchent d'autres voies que l'affrontement suivi d'un procès plus ou moins long ». P. Didier, op. cit., p.736.

²⁸⁵ Voir dans le même sens : Ch. Lhussier, *Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes*, Thèse de doctorat : Droit privé : Lille 2 : 2007, n°122, p.118. Cependant sur le plan de la

Dès lors, il convient de définir la notion et les effets de l'abus de position dominante.

I- La notion d'abus de position dominante

L'abus de la position dominante que peut exercer la société mère sur sa filiale prend en pratique deux aspects : l'abus de vote et l'abus de pouvoir.

A- L'abus de vote

136. « Les associés doivent s'abstenir de tout acte et opération susceptible de nuire à la société ». Cette formule, habituellement utilisée par la juridiction²⁸⁶, traduit une obligation générale incombant à tout associé que ce soit majoritaire ou minoritaire.

En pratique, deux formes d'abus peuvent être imputées aux associés violant cette obligation, à savoir l'abus de majorité et l'abus de minorité.

1- La notion d'abus de majorité

137. Il y a « abus de majorité » lorsque la décision arrêtée par un ou des associés majoritaires au cours d'une assemblée générale a été prise contrairement à l'intérêt de la société, et dans l'unique dessein de favoriser la majorité au détriment des membres de la minorité²⁸⁷. C'est la manifestation d'un détournement de pouvoir imputable à un ou plusieurs associés majoritaires qui caractérise l'existence de cet abus. Selon la jurisprudence, cet abus est constitué lorsque la résolution d'une assemblée d'associés est prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des minoritaires²⁸⁸.

responsabilité pénale, il existe depuis les années soixante, une jurisprudence qui tente de prendre en considération l'intérêt du groupe pour écarter le délit d'abus de biens sociaux des dirigeants de la société mère et ses filiales. Il s'agit d'autoriser certains actes passés par ceux-ci en défaveur de leur société lorsque ces actes sont, à la fois, indispensables pour l'intérêt commun des sociétés regroupées, et non dépourvus d'une contrepartie équitable pour la société sacrifiée.

²⁸⁶ Voir par exemple : *CA Caen*, 11 avr. 1927, inédit.

²⁸⁷ *Cass. civ.*, 18 avr. 1961, *JCP* 1961, II, 12164. Pour plus de détails, voir : *G. Lhuillier et P. Dalion, (Droit des sociétés, Manuel & applications, 2e éd 2009, p. 87)*, qui définissent l'abus comme « l'utilisation par les associés majoritaires d'une société, de leur droit de vote lors de l'assemblée générale dans le seul but de favoriser leurs intérêts propres d'associés majoritaires, au détriment de l'intérêt social » ; selon *P. Le Cannu, (Droit des sociétés, op. cit., n°156, p. 99)*, il y a abus de majorité lorsque « les associés dominants font prévaloir leurs propres intérêts sur l'intérêt social » ; *M. Germain, L'abus de droit de majorité*, *Gaz. Pal.* 1977, I, doct. p. 157 ; *E. Lepoutre, Les sanctions des abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales, Dr et pat.*, 1995, n°12, p.68 ; *D. Schmidt, La loi de la majorité*, *RJ com.*, nov. 1991, p.58 ; *D. Tricot, Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité*, *RTD com.* 1994, p.617 ; *A. Mairot, La société partie au procès civil, thèse en droit, présentée et soutenue à l'Université de Franche-Comté le 23 octobre 2010, n°484, p.320.*

²⁸⁸ Voir par exemple : *Cass. com.*, 8 juill. 1997 : *Bull. Joly Sociétés* 1997, p.980, § 352, note *E. Lepoutre* ; *Cass. com.*, 16 juin 1998 : *Bull. Joly Sociétés* 1998, p.1083, § 331, note *P. Le Cannu* ; *Rev. Soc.* 1999, p.103, note *K. Medjaoui* ; *Cass. com.*, 20 oct. 1998 : *Bull. Joly. Sociétés* 1999, p.66 § 13, note *P. Le Cannu*.

Au sein des groupes de sociétés, l'abus de majorité représente le cas le plus fréquent en jurisprudence. Comme la société mère dispose souvent d'une fraction majoritaire du capital de sa filiale, elle détient les pouvoirs les plus étendus accordés aux assemblées générales de cette dernière. Comme l'exercice de ces pouvoirs est en rapport avec la stratégie commune du groupe, la société-mère peut se détacher de l'intérêt de sa filiale en suivant un intérêt autre lié à son groupe. Elle commettra ainsi un abus de vote.

Deux conditions doivent être réunies pour retenir l'abus de majorité :

- la décision doit avoir été prise en contradiction avec l'intérêt général de la société ;
- la décision ne doit avoir été prise que dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité.

La Cour de cassation, employant souvent le concept "d'intérêt général" en entendant celui « d'intérêt social », n'a pas établi une définition précise pour ce dernier. Nous avons constaté que ce terme ne peut signifier que « l'intérêt de l'entreprise », englobant tous les intérêts particuliers qui composent cette dernière. Il s'agit à la fois de l'intérêt des associés, nonobstant l'importance de leurs participations, de l'intérêt des salariés et de l'intérêt des créanciers de façon générale²⁸⁹.

138. Si nous laissons de côté ces deux dernières catégories qui seront étudiées plus tard²⁹⁰, la première représente les intérêts les plus essentiels et les plus visés par la protection légale. Chacun des associés dispose du droit de participer à l'enrichissement et à la direction sociale. En ce sens, la jurisprudence française est encline à qualifier d'abus de vote les décisions portant atteinte au droit de dividendes. Dans arrêt rendu le 1^{er} juillet 2003, la Cour de cassation²⁹¹ estime que la mise en réserve systématique des bénéfices

²⁸⁹Voir aussi : A. Médina, *Abus de bien sociaux – prévention, détection, poursuite*. Dalloz 2001, n° 2 p. 91. Il écrit que « nous pouvons tout d'abord noter que l'intérêt social devrait être l'intérêt commun des associés et de l'entreprise » ; J-P. Bertrel, *L'intérêt social, droit et patrimoine* 1997, p. 45 : L'auteur emploie dans le même sens la notion de personne morale pour conclure que les associés ne sont pas le seul élément constitutif de l'intérêt social. Selon lui « ce sont les associés qui ont créé la société, il est donc naturel de prendre en compte cette légitimité originale ; mais l'intérêt social est aussi celui de la personne morale elle-même distincte de celui des associés ». Cette idée admettant les deux notions "entreprise et personne morale", semble convaincante, car l'entreprise est une réalité économique qui n'est pas toujours liée à la personnalité morale. De même, à l'appui de cette notion (l'entreprise) on parvient à prendre en compte d'autres intérêts constitutifs de l'entreprise, tels ceux des créanciers, des fournisseurs et des salariés.

²⁹⁰Cf. infra pour la protection des salariés n° 267 et s, et pour la protection de tiers n° 445 et s.

²⁹¹ Cass. com., 1er juill. 2003, *Société Mécano soudure c/ Antoine Balice*, note B. Lecourt (Annulation d'une décision sociale de mise en réserve des bénéfices pour abus de majorité), rev. soc. 2004, p.337. Aux termes de cet arrêt : « L'affectation des dividendes aux réserves pendant sept ans, qui n'a aucune répercussion sur la politique d'investissement de l'entreprise, tandis que les associés majoritaires ont voté des résolutions

sociaux est non seulement inutile pour la société si son autofinancement est déjà assuré, mais en plus nuisible pour les associés minoritaires, qui ne perçoivent plus de dividendes, alors que les majoritaires peuvent parallèlement s'octroyer des salaires ou des primes. De même, dans une autre affaire plus ancienne²⁹² : l'assemblée générale d'une société ayant décidé d'établir à nouveau le rapport du bénéfice de l'exercice antérieur, un groupe d'actionnaires minoritaires à l'assemblée générale a demandé l'annulation de cette résolution. Ils étayaient leur demande par le fait que cette mise en réserve ne se justifie pas, parce qu'il existe des réserves antérieurement constituées et qu'aucune dépense exceptionnelle n'était nécessaire. Le Tribunal a rejeté cette demande, la Cour d'appel l'a accueillie. La Cour de cassation a annulé l'arrêt en relevant qu'il ne ressortait pas des motifs de la Cour d'appel que la décision ait été caractérisée par l'abus de droit, c'est à dire qu'elle ait été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité. La Cour de cassation a considéré que la mise en réserve n'était pas justifiée par l'intérêt social, et que les minoritaires étaient injustement privés du seul fruit qu'ils pouvaient retirer de leur participation à la société²⁹³.

139. On peut se demander si l'existence d'une convention de trésorerie intragroupe peut justifier la mise à disposition systématique auprès d'autres sociétés du groupe, de la trésorerie d'une filiale. Certes, les opérations de trésorerie traduisent pour les associés minoritaires d'une filiale une rupture d'égalité au profit de la société mère, leur coassociée majoritaire. Les prêts et les avances remontées auprès de cette dernière ou d'autres sociétés de son groupe auraient dû être directement utilisés pour contribuer à l'autofinancement de la filiale, ou distribués à l'ensemble des associés de cette dernière. Aussi, la société mère, agissant de telle manière, ne doit-elle pas pouvoir se prévaloir de la convention de trésorerie pour passer outre l'intérêt de sa filiale et contrevenir le principe d'égalité entre associés. A défaut, les associés minoritaires lésés sont recevables à agir contre elle sous le chef d'abus de majorité²⁹⁴.

De même, la convention de trésorerie peut, elle-même, procéder d'une décision prise

octroyant au gérant des primes importantes et approuvé des rémunérations versées à ce dernier, est onstitutive d'un abus de majorité car elle est contraire à l'intérêt social »

²⁹² Cass. com. 18 avr. 1961.

²⁹³ Voir aussi : Cass. com., 21 avr. 1997, *société contact sécurité, SARL, c. société Delattre-Levivier* : Bull. civ. IV, n°26, p. 24; JCP éd. E, 1997, II, 965, Daigre (J-J); BJS 1997, p. 312, § 125, note Le Cannu (P); Dr. & patrimoine. Avril 1997, p. 96, n° 1636, obs. C. Bertrel.

²⁹⁴ Voir dans le même sens, A. Bienvenue, *op. cit.*, n°412, p. 350.

par la société mère dans le seul dessein de remonter frauduleusement la trésorerie de ses filiales sur son compte. Une question se pose de savoir si cette décision peut donner lieu à un abus de majorité pour la société mère.

140. Pour alléguer qu'il existe un abus de majorité, il faut qu'il y ait bien atteinte à l'intérêt social desdites filiales mettant en jeu le principe d'égalité entre leurs associés. La société mère qui forme la convention de trésorerie, non pour maintenir l'équilibre et la complémentarité des activités entre ses filiales, mais pour favoriser des intérêts personnels égoïstes, ne peut échapper aux sanctions prévues pour l'abus de majorité. La jurisprudence française a admis sans difficulté que les associés minoritaires lésés étaient recevables à agir, de même que le mandataire social. Dans un arrêt rendu en janvier 1997, la Cour de cassation²⁹⁵ a déclaré en ce sens que « viole les articles 49, alinéa 5, et 50 de la loi du 24 juillet 1966 la cour d'appel qui déclare irrecevable l'action en annulation de conventions prévues à l'article 50 de cette loi conclues par une société, et formée par cette dernière pour abus de majorité, alors que son gérant avait vocation à agir au nom de cette société, sur le fondement des pouvoirs légaux qui lui sont conférés, pour faire constater par la juridiction compétente la nullité des conventions litigieuses et l'atteinte portée à l'intérêt social par les agissements de son ancien gérant et de son cocontractant, constitutifs d'abus de majorité ».

En résumé, l'abus de majorité, commis par une société mère, s'appuie sur la violation de l'intérêt social de la filiale, constitutive d'une rupture d'égalité en préjudice des associés minoritaires de cette dernière. Apprécié d'une manière objective, cet abus ne se limite pas à une catégorie particulière de résolutions. Ainsi, ont pu être qualifiées d'actes abusifs : la mise en location-gérance du fonds social²⁹⁶; la création d'une holding interposée pour détourner les bénéfices réalisés par une filiale²⁹⁷; la prise en charge de passif d'une filiale; et la rémunération excessive des dirigeants²⁹⁸.

2- Notion d'abus de minorité

141. L'abus de minorité se caractérise par l'opposition de l'associé minoritaire à la prise de décision, laquelle suscite un blocage portant atteinte à l'intérêt social²⁹⁹. Selon la Cour

²⁹⁵ Cass. com., 94-18.883 - 21 janv. 1997 – Bull. 1997 IV n° 26 p. 24.

²⁹⁶ Cass. com., 8 janv. 1973, Bull. civ. IV n° 13 p. 10.

²⁹⁷ Cass com 24 janv. 1995, BJS avr. 1995, p. 321§ 101 ; Rev soc. 1995, p. 46, note Jeantin (M); JCP éd. E. 1995 pan. 913 ; Dr. Société 1995, n° 102, obs. Vialdal.

²⁹⁸ Voir en ce sens, P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 158, p. 101.

²⁹⁹ Voir aussi : D-L. Gaëtane, *L'abus de minorité et le jugement valant acte*. Rev. soc. 1993, p.827 « l'abus de minorité pourra être retenu par les juges lorsque les minoritaires, usant de leur faculté légale de blocage

de cassation, un minoritaire se rend coupable d'abus de vote si son attitude a été contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés³⁰⁰. L'abus de minorité est en ce sens envisageable dans les filiales communes bi-personnelles ou, plus fréquemment, pluripersonnelles : une filiale composée d'une société contrôlée à 30% et de nombreux associés avec des participations très mineures. L'opposition ou l'abstention de la société contrôlée sur l'augmentation du capital de sa filiale peut constituer un comportement abusif si elle est de nature à compromettre le patrimoine de celle-ci.

Il faut tenir compte cependant du fait qu'une telle opposition ou abstention n'est pas en soi suffisante pour engager la responsabilité de la société dominante ; c'est un droit prévu pour tout associé³⁰¹. Seule l'inobservation de l'intérêt social de la filiale peut rendre ce comportement abusif³⁰². Ainsi, si cette dernière traverse une crise financière qui la menace de dissolution, l'opposition systématique non justifiée de la société contrôlée à l'augmentation de son capital sera abusive. À l'inverse, si la filiale est prospère et si l'augmentation de son capital ne répond qu'à des préoccupations d'ambition économique, l'opposition de la société contrôlée peut être justifiée par son désir de conserver son

contrarient ou paralysent la prise d'une décision conforme à l'intérêt de la société et dans l'unique dessein de favoriser un intérêt égoïste »

³⁰⁰ Voir Cass. 3^e ch civ. 16 déc. 2009 n°9-10.209 « l'attitude des associés auxquels il est imputé fait un obstacle à la réalisation d'une opération essentielle pour la société (...), et qu'elle interdit non seulement la réalisation de cette opération, mais également qu'elle est dictée par l'unique dessein de favoriser leur propre intérêt au détriment des autres associés » ; voir encore : Cass. com. 31 mars 2009. Dans cet arrêt la Cour affirme que « l'opposition d'un associé égalitaire au vote de l'augmentation de la rémunération du gérant ne dégénère en abus qu'autant qu'elle procède, d'une part, de l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des associés, et, d'autre part, de la volonté d'empêcher la réalisation d'une opération essentielle à l'intérêt social ».

³⁰¹ Voir : C. Maleki, *Les dirigeants des filiales*, op. cit., n°36 p.453 : « on pourrait affirmer que les minorités représentent une catégorie particulière d'actionnaires en ce que leur faible nombre les rend le plus souvent combattif. Leur situation au sein d'une filiale pourrait justifier qu'ils disposent d'armes adéquates à faire valoir leur droit sans pour autant que leur combat ne soit sanctionné sous couvert d'abus de minorité », ; voir aussi : L-D. Gaëtane, *L'abus de minorité et le jugement valant acte*, op. cit., p.827 : « les associés minoritaires détiennent le pouvoir de s'opposer à la loi de la majorité, leur opposition n'était pas en soi abusive. Leur droit de vote ne saurait pas s'exercer discrétionnairement » ; Durand-Lépine (G), *L'abus de minorité et le jugement valant acte*, Rev. soc. 1993 p.887 : « Le droit de vote constitue une prérogative fondamentale des associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires. Dès lors, ces derniers détiennent le pouvoir de s'opposer à la loi de la majorité, leur opposition n'étant pas en soi abusive ».

³⁰² A. Mairot signale dans sa thèse que, depuis un arrêt du 31 janv. 2006, la Cour de cassation ne se réfère plus à l'intérêt social pour reconnaître l'existence d'un abus de minorité : « Les Hauts magistrats jugent que la seule preuve de l'intention des minoritaires de favoriser leur propre intérêt au détriment de l'ensemble des associés est suffisant pour caractériser cet abus ». Il estime que cette position jurisprudentielle est contestable dans la mesure où « il ne peut y avoir un abus de minorité que s'il y a atteinte à l'intérêt social et si la preuve est faite de l'intention de nuire ou la volonté d'entraver le fonctionnement de la société de la part du minoritaire » (voir A. Mairot, *La société partie au procès civil*, thèse précitée, n°488, p.321). Ce point de vue pose la question de la différence entre l'intérêt social et l'intérêt des associés. Nous avons constaté que la doctrine prépondérante explique l'intérêt social par celui des associés, cf. supra n° 113.

poids politique au sein de sa filiale, et ainsi éviter l'effet de dilution de ses pouvoirs³⁰³.

B- L'abus dans la direction

142. L'abus dans la direction se définit comme l'attitude par laquelle le dirigeant a, de mauvaise foi, fait des pouvoirs qu'il possédait un usage qu'il savait contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement³⁰⁴. Ce genre d'abus peut déboucher sur une autre forme dite « abus de biens sociaux » si le détournement de pouvoir a pour objet de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement (C. com. art. L. 242-6, 3°).

Il n'est pas exclu qu'à la société mère soit imputée l'un ou l'autre, voire les deux formes d'abus. En effet, il est courant dans le cadre de groupes que la direction des sociétés filiales soit exercée directement par leur mère³⁰⁵. Comme nous l'avons constaté, les Codes de commerce français et libyen n'interdisent pas, dans la plupart des sociétés, aux personnes morales d'exercer la direction sociale, conférant aux sociétés mères une large faculté. Même dans le cas où la loi réserve la direction ou la gestion sociale aux personnes physiques, la société mère peut se voir imputée la qualité de dirigeant de fait si elle fait preuve de son immixtion dans la direction ou la gestion des filiales. La chambre commerciale de la Cour de cassation, le 2 novembre 2005, a approuvé une Cour d'appel qui a retenu une personne morale comme dirigeant de fait au regard de la situation de dépendance dans laquelle elle avait mis les filiales du groupe. La même chambre a considéré dans une autre décision rendue le 6 février 2001 qu'étaient des dirigeants de fait des actionnaires « qui ne s'étaient pas bornés à un simple rôle d'investisseurs ou à trouver des solutions de restructuration financière, mais dépassant une intervention à titre de conseil, avaient exercé un véritable pouvoir de direction en plaçant le conseil

³⁰³ Voir *M. Cozian et alter, op. cit.*, n°388, p.191.

³⁰⁴ Cf. art. L. 241-3-5°, L. 242-30, al. 1er du C. com. et L. 231-11-4° du *Code monétaire et financier*.

³⁰⁵ Les deux Codes de commerce français et libyen n'exigent pas que le dirigeant non représentant d'une société soit une personne physique. Cependant pour la SA du type dualiste et la SARL, la règle est différente dans le droit français, car les dirigeants et les gérants doivent être des personnes physiques.

d'administration dans une situation de dépendance, en soumettant des décisions de cet organe aux résultats de leurs recherches et leurs avis³⁰⁶».

Dès lors, favorisant son intérêt personnel au détriment de celui de sa filiale, la société mère dirigeante de fait de celle-ci doit s'exposer aux mêmes règles de la responsabilité civile et pénale applicables aux dirigeants de droit³⁰⁷. Elle risque en l'état de tomber sous l'empire de plusieurs textes prohibitifs qui engagent sa responsabilité, non seulement envers sa filiale, mais aussi envers les associés minoritaires de celle-ci. Il s'agit des textes relatifs au délit d'abus de biens sociaux, d'abus de crédit et d'abus de pouvoir (C. com. art. L. 242-6, 3° et 4° relatif à la SA³⁰⁸, L. 243-1 relatif à la SCA, L.244-1 relatif à la SAS, et L.241-3 relatif à la SARL), qui peuvent être la base d'une action civile intentée à son encontre par les minoritaires devant la juridiction pénale. En effet, la jurisprudence admet, en la matière, la constitution de partie civile des associés victimes des abus de pouvoirs ou de biens sociaux réalisés par les dirigeants de la société. Selon un arrêt de la Cour de cassation³⁰⁹ rendu le 9 septembre 2009, « les associés d'une société victime d'abus de biens sociaux peuvent agir à titre personnel en réparation d'un préjudice propre, distinct du préjudice social, dès lors qu'il découle directement de l'infraction et répond aux conditions de l'article 2 du code de procédure pénale »³¹⁰. Mais il faut se rendre compte que cette action n'est recevable que si les associés agissent à titre personnel pour démontrer l'existence d'un préjudice propre, distinct du préjudice social, découlant directement de l'infraction³¹¹. S'ils réclament cependant la réparation d'un préjudice social, ils doivent se diriger vers la juridiction civile.

³⁰⁶ Voir pour plus de détails au sujet du dirigeant de fait, infra n°585.

³⁰⁷ Cf. Nze Ndong Dit Mbele (J-R), *La direction de fait en droit privé français, thèse en droit, Université Nancy 2*, 2009 : « Il faut rappeler que la violation de l'intérêt social par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, est souvent incriminée et sanctionnée par les juges sous le délit d'abus de pouvoir ou de biens sociaux. »

³⁰⁸ Article L. 242-6 « est puni d'un emprisonnement de cinq an et d'une amende de 375000 euros le fait pour : (...) ; 3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de faire de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement; 4° le président, les administrateurs, ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise à laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

³⁰⁹ Cass. crim. 08-86.677 - 09 sept. 2009.

³¹⁰ Voir aussi : Cass. crim. 24 avr. 1971, JCP 1971, II, n° 16890, Rev. Soc. 1971, p. 608, note BOULOC ; Cass. crim. 9 nov. 1992, Rev. Soc. 1993, p. 433, note BOULOC ; Cass. crim. 73-93.484 - 07 janv. 1975 - Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle n° 2 p. 5.

³¹¹ Voir en ce sens : Cass. crim. 01-80.895 - 12 sept. 2001 : « les associés d'une société victime d'un abus de biens sociaux exerçant non l'action sociale mais agissant à titre personnel, sont irrecevables à se constituer parties civiles, sauf à démontrer l'existence d'un préjudice propre, distinct du préjudice social, découlant directement de l'infraction ».

II- Les effets de l'abus de position dominante

143. Il s'agit pour ces effets des sanctions qui peuvent s'appliquer à la personne responsable. Certaines de ces sanctions relèvent de l'abus de pouvoir commis par les dirigeants, d'autres consistent en l'abus de vote exercé par les associés. L'ensemble porte essentiellement sur :

- l'annulation de la décision ;
- la condamnation au versement d'une indemnité ;
- la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire *ad hoc* ;
- la dissolution de la filiale ;
- la reconnaissance d'un droit de retrait pour les associés minoritaires.

A- L'annulation de la décision

144. La première sanction à laquelle on doit penser en cas d'abus de vote ou dans la direction est bien évidemment l'annulation de l'acte abusif. Les associés auxquels cet acte porte atteinte peuvent demander au tribunal son annulation³¹². Cette démarche n'est cependant envisageable que lorsqu'il s'agit d'une résolution de l'assemblée générale ou d'une décision du ou des dirigeant(s), prise d'une manière abusive. Lorsqu'on est cependant en présence d'un abus de minorité, il n'y a pas lieu d'invoquer cette sanction, mais plutôt la responsabilité délictuelle.

Autant le fondement textuel de cette sanction est bien encadré en droit libyen, autant il prête à discussion en droit français (a). Sa portée appelle également la détermination (b).

a- Le fondement textuel

145. Il n'existe en droit français aucune disposition législative prévoyant l'annulation d'un acte entaché d'un abus de vote ou de pouvoir, qu'il s'agisse de l'article L. 235-1 du Code de commerce³¹³ ou de l'article 1844-10 du Code civil³¹⁴. Or la nullité d'un acte

³¹² J-P. Sortais, *Abus de droit (majorité, minorité, égalité)*, *Rép. Dr. soc.*, mars 2003 (dernière mise à jour : janv. 2012), n°23.

³¹³ Aux termes de cet article « la nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil. La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats »

³¹⁴ Selon cet article « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1^{er}, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. Toute

modifiant les statuts suppose l'existence d'un texte qui la prévoit expressément dans les sociétés commerciales, celle d'un autre acte suppose simplement la violation d'une disposition impérative du droit des contrats ou du livre II du Code de commerce (C. com. L. 235-1)³¹⁵. Le Code civil s'inspire du système des nullités frappant les sociétés commerciales sans faire de distinction entre les actes modifiant les statuts et les autres³¹⁶.

Aussi, faute de texte particulier, se pose la question de la possibilité de sanctionner par la nullité l'acte abusif³¹⁷. Une partie considérable des décisions jurisprudentielles se fonde sur l'abus de droit constitutif d'une faute : la majorité abuse de son droit de vote en l'utilisant à des fins personnelles contraires à l'intérêt social. La Cour de cassation dans de nombreux arrêts s'appuie sur l'article 1382 du Code civil pour dégager la responsabilité des associés qui ont abusé de leur droit de vote au motif que cet abus affecte par lui-même la régularité des délibérations³¹⁸.

Cependant, comme *D. Schmidt* l'a observé, la difficulté réside en l'occurrence dans le fait que cet article ne régit pas la nullité de l'acte conclu, mais traite des effets préjudiciables qui en découlent. Pour surmonter cette difficulté, certains auteurs³¹⁹ estiment à juste titre que l'annulation de l'acte en cause constitue une réparation en nature ce qui explique le recours à l'article 1382 du Code civil. Selon *M. Cozian* et ses coauteurs, l'action en responsabilité de l'associé fautif et l'action en nullité de l'acte reposent sur des fondements différents : « l'action en responsabilité est fondée sur l'article 1382 du Code civil (il faut donc que le demandeur apporte la preuve d'un préjudice) et soumise à la procédure décennale, l'action en annulation de la délibération abusive est fondée sur

clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite. La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ».

³¹⁵ Voir à titre d'exemple certaines applications judiciaires de cet article : Cass. com. 18 mai 2010 : « il résulte de l'article L. 235-1, alinéa 2, du code de commerce que la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats » ; Cass. com. 13 juill. 2010 : « la nullité des actes ou délibérations des organes d'une société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou des lois qui régissent les contrats » ; Cass. Com., 30 mai 2012, SARL First Racing : « il résulte de l'article L. 235-1 du code de commerce que la nullité d'un acte modifiant les statuts d'une société commerciale ne peut résulter que d'une disposition expresse du livre deuxième du code de commerce ou des lois qui régissent la nullité des contrats »

³¹⁶ Voir aussi J-P. Legros, *La nullité des décisions de sociétés*, Rev. soc. 1991, n° 42 p.275

³¹⁷ *Idem* p.275 : « même lorsque les délibérations sont régulières en la forme et ont été prises par les organes compétents, il arrive qu'elles soient frappées d'inefficacité, ce qui est le cas de la fraude et de l'abus »

³¹⁸ Cass. com., 6 juin 1990, D. 1992, p.56, note J-Y. Choley-Combe ; Rev. soc. 1990, p.607, note Y. Chartier

³¹⁹ Voir : P. Le Cannu, Bull. Joly 1995, p. 309 ; J-L Rives-Lange, *L'abus du droit de majorité*, Rev. jur. Com. n° spec., nov. 1991 p.72.

l'article 1844-10 du Code civil³²⁰ ».

Selon d'autres auteurs, l'annulation de l'acte abusif peut comporter deux inconvénients. D'une part, un inconvénient tient au fait qu'en annulant une décision, on risque de provoquer des nullités en cascade³²¹. Par exemple, si des nominations d'administrateurs sont entachées d'abus et, à ce titre, nulles, il conviendra d'annuler les décisions prises par le conseil d'administration irrégulièrement composé. D'autre part, si l'acte abusif a pour origine un contrat passé avec un tiers, l'annulation risque de devenir inadaptée. En effet, et comme l'a souligné J-P. Sortais, « sous réserve du cas de fraude, le tiers ayant été de connivence avec les dirigeants ou les associés majoritaires – il n'y a aucune raison de faire supporter au tiers les conséquences d'une situation qui relève des rapports internes à la société ».

Au demeurant, la règle en droit libyen semble plus claire et protectrice contre l'abus de vote. En effet, bien que l'article 160 du Code de commerce³²² s'avère identique à l'article 235-1° du Code de commerce français, un article 159-1° ne correspond en réalité à aucune disposition française. Interdisant à l'actionnaire de voter les décisions dont il est intéressé directement ou indirectement d'une manière contraire à l'intérêt social, cet article prévoit la nullité de ces décisions³²³.

b- La portée de l'annulation

146. La nullité ne frappe pas seulement la décision dictée par un intérêt égoïste, mais encore les délibérations qui la suivent : les délibérations affectant abusivement une mise en réserve de la totalité des bénéfices³²⁴, les délibérations autorisant un apport partiel d'actif

³²⁰ L'article 1844-10 prévoit que « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1^{er}, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite. La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général »

³²¹ J-P. Sortais, *op. cit.*, n°24 ; Cass. com. 21 juill. 1974, D. 1976.207, note G. Gourlay, spéc. 3^e moyen.

³²² Aux termes de cet article : « les décisions que prend l'assemblée générale conformément à la loi et aux statuts astreignent tous les actionnaires présents, absents ou opposants. Le conseil d'administration, le comité de surveillance et les associés absents ou opposants disposent néanmoins du droit de faire grief sur les décisions qui résultent d'une violation à la loi ou aux statuts. Les effets de l'annulation de la décision en cause sont opposables à tous les actionnaires. Le conseil d'administration doit prendre toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre de l'annulation, mais de façon à ne pas affecter les droits acquis par les tiers de bonne foi ».

³²³ Selon cet article « l'actionnaire est interdit de participer aux décisions dont il dispose directement ou indirectement d'un intérêt personnel, ou afférent à une autre personne qu'il représente, contraire à l'intérêt social. En cas de violation, les décisions prises sont annulables si les votes interdits ont été à leur origine et qu'elles sont de nature à mettre en péril la société ».

³²⁴ Cass. civ., 13 avr. 1983, Bull. Joly 1983.p.512

soumis au régime de scission, ou une opération de sous-filialisation³²⁵. Dans de tels cas, l'annulation des délibérations emporte par voie de conséquence l'annulation des actes accomplis en exécution de ces délibérations : l'affectation aux réserves, l'apport des actifs³²⁶, la sous-filialisation.

Selon une certaine doctrine et une certaine jurisprudence, le juge du fond qui procède à l'annulation de la décision abusive de la majorité dispose d'un large pouvoir pour imposer des mesures complémentaires afin de s'attaquer aux effets issus de cette décision. Dans un arrêt ancien³²⁷, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de Douai³²⁸ qui annula la délibération de l'assemblée générale approuvant un contrat de location-gérance et annula le contrat lui-même ainsi que la vente du stock au gérant. Aux termes de cette décision : « la Cour d'appel a usé de son pouvoir en jugeant frauduleux les actes litigieux, et a pu décider que les opérations précitées, contraires à l'intérêt social et destinées à satisfaire l'intérêt personnel de certains associés, constituaient un abus de pouvoir ».

147. En revanche, dans certaines affaires, les juges ne se contentent pas de l'annulation de la décision dictée par un conflit d'intérêt mais imposent aussi certaines mesures aux associés. Ainsi, en matière de mise en réserve dépourvue d'utilité sociale, on peut trouver des ordres à distributions³²⁹. En cas d'abus de minorité, certains jugements et arrêts imposent la résolution qui n'a pas été adoptée faute de réunir la majorité qualifiée³³⁰. Il ne s'agit pas d'un jugement d'annulation puisqu'aucune délibération ne peut être prise, mais d'une imposition de faire³³¹. Le juge se substitue aux associés minoritaires en prononçant la sanction du jugement qui vaut acte social.

Néanmoins, la Cour de cassation a renoncé à cette jurisprudence (très critiquée par la

³²⁵ Cass. com. 24 janv. 1995, *Quot. Jur.*, 24 févr. 1995, p.4.

³²⁶ Voir D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 357, p.351.

³²⁷ Cass. com. 8 janv. n°71-12.142, 1973.

³²⁸ CA. Douai, 23 févr. 1971.

³²⁹ CA Paris, 3^e ch. B, 26 mars 1986, *RJ. com.* 1986, note Daigre (J-J); CA Aix-en-Provence 29 juin 1995, arrêt n°91/10997. Il est classique de dire en la matière que « la mise en réserve systématique ne peut caractériser que de façon exceptionnelle l'existence d'un abus de majorité » (Y. Reinhard, *RTD com.*, 1988, p. 72) car, comme Y. Chartier. L'écrit, « c'est une règle de bon sens car il est du devoir du gestionnaire de prévoir l'avenir aux jours fastes succèdent souvent des périodes de turbulence ». Voir Y. Chartier, *Sanctions de l'affectation systématique, à la demande des associés majoritaires, des bénéfices d'une société aux réserves, affectation ne répondant ni à l'objet ni aux intérêts de celle-ci.*, note sous cassation, *Rev. soc.* 1990, p.606 ; voir aussi dans le même sens : M. Cozian et alter, op. cit., n°392, p.193 et s.

³³⁰ D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n°358, p.352.

³³¹ G. Durand-Lépine, op. cit., p.877.

doctrine³³²) depuis son arrêt du 9 mars 1993 qui déclare, en application des articles 57 et 60 de la loi du 24 juillet 1966 (devenus L.223-27 et L.223-30 du Code de commerce), que « pour sanctionner l'abus de minorité retenu, la Cour d'appel a décidé que son arrêt valait adoption de la résolution tendant à l'augmentation du capital demandée, laquelle n'avait pas été votée faute de majorité qualifiée; attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents, la Cour d'appel a violé les textes susvisés³³³ ».

B- La condamnation au versement d'une indemnité

148. Lorsqu'il s'agit de l'abus dans la direction, les Codes de commerce français et libyen établissent dans certains cas la responsabilité civile des dirigeants à l'égard de la société et de ses associés. Ces dispositions peuvent s'appliquer en faveur des filiales et leurs associés minoritaires lorsque la société mère y exerce la fonction d'administrateur ou de gérant. Ainsi, selon l'article L. 225-251 du Code de commerce français, la responsabilité des dirigeants de la SA est engagée face à la société en cas de violation des dispositions législatives ou réglementaires, des statuts ou en cas de fautes commises dans leur fonction. Aux termes de l'article L. 225-252 du même Code « outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article 225-120, soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général ».

De son côté, le droit libyen régit la responsabilité des dirigeants à l'égard des associés à travers plusieurs dispositions. Ainsi, l'article 186 du Code de commerce, relatif à la SA, prévoit que « l'associé peut poursuivre les membres du conseil d'administration pour des préjudices qu'il subit du fait de leur faute ou fraude³³⁴ ». De même, au sens de l'article 206 du même Code, relatif à la même société : « les associés disposant au moins de 10 % du

³³² Selon D. Schmidt, ce traitement du conflit d'intérêts n'est pas admissible car, d'une part, « le juge ne vote pas, il ne participe pas à la délibération des actionnaires » ; il ne peut donc imposer sa volonté à la société. D'autre part, « le pouvoir du juge d'apprécier l'intérêt social s'inscrit dans un cadre bien défini : sanctionner l'abus dans la gestion. Il ne s'étend pas à la gestion de la société (Schmidt, *Le conflit d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit.) ».

³³³ Voir aussi : Cass. 31 mars 2009, n°08-11.860. Dans cette affaire la Cour déclare : « Alors qu'en toute hypothèse, s'il peut annuler une délibération soumise à son contrôle, le juge ne peut en revanche substituer sa décision à celle qui ne peut être prise que par les organes représentatifs de la société ; qu'en fixant la rémunération du gérant de la SARL ALEXANDRE selon les modalités prévues par une résolution rejetée par la collectivité des associés, après l'avoir de surcroît amendée, la Cour d'appel a violé les articles L. 223-27, L. 223-28 et L. 223-29 du Code de commerce ».

³³⁴ Cet article est applicable à la SCA (C. com. art. 263 et 264), la SARL (C. com. art. 287), et la société coopérative (C. com. art. 335).

capital social peuvent assigner les dirigeants s'ils constatent le non-respect par ces derniers de l'intérêt social. Si le tribunal le constate également, il peut prendre toute mesure conservatoire qu'il juge nécessaire, convoquant à la fois l'assemblée générale pour statuer sur le sort des dirigeants ». De surcroît, selon l'article 510-3 du Code civil, applicable à toutes les sociétés civiles et commerciales sauf dérogation particulière : « s'appuyant sur un juste motif, tout associé, que soit l'ampleur de ses apports sociaux, a le droit de demander au tribunal la révocation des dirigeants ». Dans ces cas de figure, la faute ou la fraude imputée aux dirigeants peut consister en leur abus dans la direction sociale ou en leur abus de crédit ou de biens sociaux.

Cependant, concernant l'abus de majorité et de minorité, il n'existe dans les Codes de commerce français et libyen aucune règle particulière pour la responsabilité civile des associés fautifs³³⁵. Doivent à cet égard être appliquées les règles du droit commun afférentes à la responsabilité délictuelle³³⁶. Il incombe aux associés minoritaires de la filiale, prétendant subir un abus de vote issu de la société mère, leur coassocié majoritaire, d'établir l'existence des trois éléments essentiels : une faute consistant en l'abus de vote, un dommage et un lien de causalité³³⁷. Ces conditions sont exigées quel que soit l'abus reproché à la société mère ou contrôleuse, abus de majorité ou de minorité³³⁸ ; c'est la position dominante qui importe le plus³³⁹. Il est possible de rechercher la responsabilité d'une société contrôleuse sous le chef d'abus de vote, alors même qu'elle ne dispose pas

³³⁵ L'article 149-1° du Code de commerce libyen énonçant la nullité des actes pris par l'assemblée générale, dictés par un conflit d'intérêts ne se prononce pas sur la responsabilité civile qui en découle.

³³⁶ Ces règles sont prévues en droit français à l'article 1382 et suivants du Code civil et en droit libyen à l'article 5 et 166 et suivants du même Code civil. La disposition que prévoit l'article 5 du Code civil libyen revêt en la matière une importance singulière, car elle relève de la responsabilité issue de l'abus du droit. Intitulé de 'l'usage illicite du droit', cet article prévoit que « *l'usage est illicite dans les cas suivants :*

A- *lorsqu'il n'a pour dessein que de porter atteinte aux tiers ;*

B- *si les intérêts que le titulaire cherche sont de valeur modeste au point qu'ils ne correspondent nullement avec les dommages qu'en subit le tiers ;*

C- *si les intérêts que le titulaire veut réaliser sont illicites ».*

Cet article ne prévoit d'ailleurs pas de règles particulières pour la responsabilité civile découlant de cette sorte de faute. La question reste ainsi régie par l'article 166 du Code civil identique en droit français à l'article 1382. L'importance de cette disposition réside néanmoins dans la présomption de faute qu'elle établit à l'encontre de la personne abusive de son droit.

³³⁷ Dans ce sens la Cour d'appel de Versailles (20 juin 2006. Bull. Joly 2006. 1424, note P. Le Cannu ; Rev. soc. 2007, note I. Urbain-Parleani, op. cit., p 187) affirme qu'« *il importe de rechercher pour qualifier l'abus de majorité si les trois critères en sont réunis, à savoir la violation de l'intérêt social, le dessein de favoriser les membres de la majorité et le préjudice causé à la minorité. L'actionnaire agissant sur le fondement de l'article 1382, il lui appartient de rapporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux* ».

³³⁸ Dans un arrêt rendu le 3 avr. 1990 (R.J.C. 5/90 éd. F.Lefebvre n°354), la Cour de cassation a admis qu'une société mère peut commettre une faute si elle « abuse de sa position » à l'égard de sa filiale.

³³⁹ Voir en ce sens aussi : C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés, thèse en droit, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1991, n°156, p.127.*

d'une participation majoritaire dans la société contrôlée. Le préjudice que subissent ses coassociés ne résulte pas d'une décision prise contrairement à l'intérêt de cette dernière, mais d'une opposition abusive à une décision servant cet intérêt. En effet, les participations dont dispose la société contrôleuse au capital de celle contrôlée peuvent être minoritaires, mais susceptibles de lui conférer une influence notable sur la gestion et la politique financière de cette dernière (minorité de blocage).

Toutefois, la responsabilité qui résulte de l'abus de vote soulève dans le cadre de groupes une question importante relative au débiteur et au créancier de l'indemnité.

1- Le débiteur de l'indemnité

149. Lorsqu'il s'agit d'un abus de majorité, la doctrine et la jurisprudence admettent que la responsabilité découlant de cet abus ne peut être recherchée qu'à l'égard des associés abusant de leur droit³⁴⁰. La Cour d'appel de Versailles³⁴¹, statuant sur une décision de mise en réserve prise par l'assemblée générale de la société Albert Ménès, a déclaré que «l'absence de distribution de dividende en conséquence de l'affectation du bénéfice aux autres réserves résulte de l'adoption de la résolution suscitée qui ne peut être reprochée comme abusive qu'aux actionnaires qui l'ont votée, et non à la société elle-même³⁴²».

Cette jurisprudence représente une opportunité significative en matière de groupes, où la société mère dispose souvent de la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de sa filiale (C. com. art. L. 233-3). L'abus de vote exercé par cette société ne peut à cet égard être imputé à la filiale, mais uniquement à elle-même. Il en va également ainsi lorsque cette société agit en concert avec d'autres associés³⁴³ en vue de mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de sa filiale. Cette hypothèse est en fait envisageable lorsque la société mère partage le capital de sa filiale avec d'autres filiales ou avec ses dirigeants. En l'occurrence, l'action de concert est présumée au visa de l'article L. 233-10 al. 2 et 3 du Code de commerce.

150. De plus, la société-mère pourrait exercer un contrôle abusif sans détenir une majorité des droits de vote, ou agir de concert avec d'autres associés de sa filiale. En effet,

³⁴⁰ Voir : M-P. Lamour, *La responsabilité personnelle des associés*, Rec. Dalloz. n°2 2003, n°8 p.51.

³⁴¹ C.A. Versailles, 25 févr. 2010. n°8/08044.

³⁴² Voir aussi : Cass. com. 6 juin 1991. n° 88-19.420 88-19.783. Dans cette affaire, la Cour a approuvé les juges du fond d'avoir «décidé à bon droit que seuls les associés majoritaires qui avaient commis cet abus devaient en répondre (...) et qu'en conséquence l'action dirigée contre la société Huner n'était pas recevable».

³⁴³ Voir l'action de concert (C.com. fr. art. L.233-10).

les titres de la filiale sont parfois dispersés entre de nombreux associés, dont beaucoup ne s'intéressent guère à l'emploi de leurs droits de vote, mais plutôt à l'octroi de leurs dividendes annuels. Un tel absentéisme conduit la société mère à imposer sa volonté aux assemblées générales de sa filiale alors qu'elle ne détient réellement qu'une fraction mineure de son capital. Cette situation est du reste aisément concevable lorsque le quorum exigé pour la prise de résolution n'est pas atteint pour la première convocation. À cette occasion aucun quorum n'est exigé pour l'assemblée générale ordinaire, et uniquement un cinquième des actions donnant droit de vote pour l'assemblée générale extraordinaire (C. com. Art. L. 225-96 et L. 225-98³⁴⁴).

151. Néanmoins, il appartient aux associés invoquant l'existence d'un abus de vote d'en rapporter la preuve. Ce n'est pas à la société mère soupçonnée d'abus qu'il incombe de justifier son vote, mais au demandeur qui doit corroborer sa prétention³⁴⁵. Autrement dit, le seul exercice du pouvoir de contrôle ne suffit pas à saisir la responsabilité de cette société sous le chef d'abus de vote, mais il faut que ses coassociés minoritaires parviennent à établir son comportement abusif.

2- Les bénéficiaires de l'indemnité

152. Le bénéficiaire de l'indemnité est la victime de l'abus de vote. Celui-ci ne paraît pas difficile à définir dans une filiale : il se détermine en fonction de la personne affectée par le préjudice. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un préjudice social, c'est à la société filiale ou à tout associé qu'appartient l'exercice de l'action en responsabilité. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un préjudice qui atteint l'associé personnellement et directement, l'action ne sera ouverte qu'en faveur de cet associé. Parfois le dommage frappe à la fois la filiale et le ou les associés, ainsi la décision par laquelle la société mère impose une forte diminution du loyer dû par une filiale locataire. En l'occurrence il y aura deux actions : une action sociale dont l'exercice appartient à la société par son représentant³⁴⁶, et une action personnelle intentée

³⁴⁴ Le premier texte correspond à l'article 165 du Code de commerce libyen, mais le deuxième est quelque peu nuancé, car l'article 168 de ce Code a défini le quorum de la deuxième convocation de l'assemblée générale extraordinaire au tiers du capital social présent.

³⁴⁵ Voir : Cass. com. 31 mars 2009, n°08-11.860 : « il appartient à celui qui invoque l'existence d'un abus d'égalité d'en rapporter la preuve ; qu'en affirmant qu'il appartenait à Monsieur Jean-François X... de donner les raisons justifiant son refus et que les motifs qu'il invoquait pour justifier son vote n'auraient pas été sérieux, la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve et a violé l'article 1315 du Code civil » ; Cass. com. 8 sept. 2009, n°08-17.374 : « qu'il appartient au demandeur de rapporter la preuve du caractère abusif de la décision ».

³⁴⁶ Cette action n'est d'ailleurs pas prévue en droit français ou libyen par des textes particuliers, mais comme l'abus de majorité est caractérisé par une atteinte à l'intérêt social, il appartient au dirigeant, chargé de représenter la société, d'intenter l'action en responsabilité contre les majoritaires. Voir en ce sens : *M-P.*

par l'associé victime. L'enjeu dans le premier cas est d'obliger l'associé abusant de son droit de vote à réparer le dommage causé à la société. Mais aboutir à cet objet nécessite logiquement, comme M-P. Lamour le suggère, que le dirigeant intentant l'action en responsabilité ne soit pas issu du groupe de la majorité qui a adopté la résolution dénoncée. Il n'est pas exclu en effet que le dirigeant d'une SARL ou d'une SNC soit associé majoritaire dans cette société. Dans ce cas « il est fort improbable que le dirigeant social se décide à exercer au nom de la société une action sociale contre les associés majoritaires dont il fait lui-même partie ³⁴⁷ ». Cette situation s'avère claire s'agissant de la société mère qui exerce à la fois la qualité d'associé majoritaire et celle de dirigeant dans sa filiale. Elle soulève une grande difficulté puisqu'il n'existe pas de texte particulier, et que la mission de la représentation sociale revient légalement au dirigeant représentant, en l'état le majoritaire abusif. Deux solutions semblent à envisager : ou bien on reconnaît à tout associé le droit d'intenter l'action sociale contre son coassocié abusif, ou bien on recourt au tribunal pour désigner un dirigeant provisoire chargé d'agir en justice contre l'associé majoritaire abusif.

C- La nomination d'un mandataire de justice

153. L'annulation de la délibération et la condamnation de la société mère à réparer le dommage causé à sa filiale ne mettent pas nécessairement fin au conflit d'intérêts au sein de cette dernière. D'abord, il n'est pas certain que la société mère adoptera, à la suite de l'annulation, une nouvelle résolution dictée par le seul intérêt de sa filiale. Ensuite, il n'est pas exclu que cette société occupe à la fois dans sa filiale la position d'associé majoritaire et celle de représentant social, ce qui empêchera cette dernière d'intenter son action sociale. Dans ces deux cas, le recours à un mandataire de justice résout le conflit d'intérêts en faveur de l'intérêt social de la filiale. Mais on peut se demander en l'espèce si ce type de sanctions est concevable en même temps pour les assemblées générales et le conseil d'administration.

Lamour, op. cit., n°9 p.54 ; Cozian et alter, préc. op. cit., n°386, p.190. Il écrit que « l'abus de majorité porte en effet préjudice non seulement aux minoritaires mais encore à la société. Il n'est donc pas illogique que la société puisse agir pour faire sanctionner un acte contraire à l'intérêt social » ; M-P. Lamour, idem, p. 50 : « la responsabilité des associés a d'ailleurs déjà été retenue à l'égard de la société en cas d'abus de fonctions... » ; Cass. com. 6 mai 1991, Rev. soc. 1991, p. 760, obs. Guyon ; D. 1991, RJ. Com. p. 609, note Viandier, et 1992, Somm. p. 347, obs. Serra. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a sanctionné la Cour d'appel de Versailles qui avait refusé de condamner l'associé d'une SARL au paiement du dommages-et-intérêts pour un acte anti-concurrentiel envers la société « sans répondre aux conclusions qui soutenaient qu'en sa seule qualité d'associé, l'intéressé avait l'obligation de s'abstenir de tout acte de concurrence à l'égard de la société ».

³⁴⁷ M-P Lamour, *ibidem*, p.54.

La réponse ne soulève pas de difficulté en droit français où la jurisprudence reconnaît au juge du fond le pouvoir de désigner un administrateur provisoire au conseil d'administration, ou un mandataire *ad hoc* à l'assemblée générale. Mais il en va autrement en droit libyen, qui ne traite que le problème lié au conseil d'administration.

Il est utile à cet égard d'aborder deux points successifs : l'administration provisoire et le mandataire *ad hoc*.

1- L'administrateur provisoire

154. C'est une mesure grave et exceptionnelle que prévoit le Code de commerce libyen³⁴⁸ et qu'applique constamment la jurisprudence française bien qu'elle ne soit pas prévue ou organisée par la loi³⁴⁹. Il s'agit d'une pure construction prétorienne, témoignage du pouvoir légitime du juge, de s'immiscer dans la gestion de la société lorsque la survie de celle-ci est en question³⁵⁰. Cette mesure constitue une véritable sanction vis-à-vis des dirigeants qui voient peser sur eux la terrible menace d'être destitués de leur fonction et dessaisis. C'est pourquoi elle suppose une crise grave caractérisée par l'absence d'un fonctionnement normal de la société, menaçant celle-ci d'un péril imminent³⁵¹. Cette situation survient dans une filiale lorsque les organes de direction sont atteints de paralysie pour cause de mésintelligence, ou lorsque la représentation de cette filiale est occupée par sa mère, associée majoritaire abusant de son droit de vote. Dans ce contexte, tout associé détient le droit de demander au Tribunal la nomination de cet organe chargé d'intenter une action sociale contre la société mère. On peut invoquer à titre d'illustration une décision

³⁴⁸ Selon l'article 207 de ce Code « *Le Tribunal compétent peut, en cas d'un péril grave, révoquer le conseil d'administration et le comité de surveillance et désigner un mandataire judiciaire en définissant ses pouvoirs et la durée de ses fonctions. Le mandataire judiciaire a le droit d'assigner les membres du conseil d'administration et/ou du comité de surveillance. Il doit avant de finir sa mission convoquer l'assemblée générale pour se réunir sous son contrôle pour nommer un nouveau conseil et/ou comité, ou en vue de statuer sur sa suggestion de mettre la société en liquidation s'il estime inévitable* ».

³⁴⁹ Voir : M. Cozian et al., *op. cit.*, n°398, p. 196 ; J. Cavallini, *Le juge de référé et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis*, *Rev. soc.*, 1998, p.247.

³⁵⁰ G. Bolard, *Administrateur provisoire et mandat ad hoc.*, *JCP E*1995, I, 509 ; B. Lecourt, *Administrateur provisoire*, *Rép. Dr. soc.* oct. 2010 (dernière mise à jour : juin 2012), n°38 : « On notera que les minoritaires demandent souvent la nomination d'un administrateur provisoire lorsqu'ils sont en désaccord avec la politique suivie par les dirigeants majoritaires. Ils pourraient certes invoquer l'abus de majorité, et cela semble plus logique, mais le droit de désigner un administrateur provisoire, dans cette hypothèse, est désormais consacré par les tribunaux ».

³⁵¹ M. Cozian et al., *op. cit.*, n°399, p.197. Dans ce sens la Cour de cassation a récemment déclaré que « la désignation d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle qui suppose de rapporter la preuve des circonstances rendant impossible les fonctionnements réguliers de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent compromettant les intérêts sociaux. » (*Cass. com.* 18 mai 2010, n°09-14.838). Voir aussi : *Cass. com.* 10 nov. 2009 n°08-19.356 ; *CA. Paris*, 1^{er} ch., sect. B. 1^{er} juin 2007. note sous *Paris*, L. Godon, *Rev. soc.* 2008 p.96. Dans ce sens cette dernière déclare que « l'administrateur provisoire ne se justifie que si le fonctionnement normal d'une société ne peut être assuré par ses organes statutaires ou si les intérêts sociaux sont mis en péril par une gestion défailante ».

ancienne célèbre, issue de la Cour d'appel de Paris le 22 mai 1965 (l'arrêt Freuhauf). Dans cette affaire, les administrateurs géraient une filiale française (Freuhauf France) d'une société mère américaine (Freuhauf) ; cette dernière leur avait demandé de résilier un contrat de sous-traitance dont le bénéficiaire était la République Populaire de Chine, « les administrateurs suivant purement et simplement la politique décidée par la société mère. Cette politique, si elle servait les intérêts de la société mère, était contraire, en revanche, à ceux de la filiale. C'est dans ce contexte que les minoritaires ont pu obtenir la désignation d'un administrateur provisoire chargé de gérer la société pour un temps déterminé³⁵² ».

155. Par ailleurs, la question de l'application de cette mesure dans le cadre du groupe a été soulevée en jurisprudence, s'agissant des personnes qui ne sont pas associées dans la filiale, mais y sont intéressées d'une manière indirecte. C'est ainsi le cas pour un actionnaire de la société-mère ou d'une filiale qui demande la désignation de l'administrateur provisoire pour une autre filiale ou pour l'ensemble du groupe. C'est encore le cas pour la société-mère qui demande cette mesure pour une sous-filiale.

Ces questions ne semblent pas avoir reçu une réponse unique en jurisprudence. Dans un arrêt rendu le 5 février 1985³⁵³, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis la désignation d'un administrateur provisoire pour l'ensemble des sociétés affiliées d'un groupe. Il s'agit en l'espèce d'un groupe de sociétés dans lequel le président de la société-mère était l'animateur de l'ensemble des sociétés membres de sorte que sa condamnation pour abus de biens sociaux avait eu pour conséquence la carence des organes sociaux dans chacune des sociétés. Un actionnaire minoritaire de la société-mère avait alors demandé la désignation d'un administrateur provisoire exerçant ses fonctions dans l'ensemble du groupe. La Cour d'appel de Paris a admis le bien-fondé de l'action dans un arrêt rendu le 9 juillet 1982. Les demandeurs du pourvoi invoquèrent l'irrecevabilité de la demande concernant les filiales et les sous-filiales. Mais la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en considérant que la Cour d'appel avait pu décider que la demande était recevable et bien fondée pour désigner un administrateur provisoire au sein de la société-mère et faire étendre sa mission aux autres sociétés du groupe. Il ressort donc de cette décision que l'actionnaire minoritaire d'une holding peut demander la

³⁵² B. Lecourt, *Administrateur provisoire*, op. cit., n°38 ; voir aussi JCP 1965. II. 14274 bis, concl. av. gén. Nepveu ; D. 1968. 147, note R. Contin ; RTD com. 1965. 631, obs. R. Rodière ; *Grands arrêts du droit des affaires*, 1995, Dalloz, n° 44, p. 487. - R. Contin, *L'arrêt Freuhauf et l'évolution du droit des sociétés*, D. 1968. Chron. 45.

³⁵³ Cass. com., 5 févr. 1985, arrêt SOGAR, Bull., civ. IV, n°44, p.37 ; JCP éd. G 1985, II, 14534, note A. Viandier.

nomination d'un administrateur provisoire pour assurer la gestion de l'ensemble des sociétés membres du groupe.

Cependant, plus récemment la Cour d'appel de Paris³⁵⁴ a considéré qu'une société-mère n'avait pas qualité pour solliciter la désignation d'un administrateur provisoire pour le compte d'une sous-filiale, car elle n'en était pas personnellement l'associée, mais de la société qui la contrôle. Ce sont les liens directs entre le demandeur et la société qui justifient, selon cette décision, la mesure de désignation.

En comparant ces deux arrêts, on peut constater que la Cour de cassation avait de bonnes raisons de ne pas exiger que le demandeur de l'administrateur provisoire soit un associé. En effet, cette condition ne semble pas conforme à la notion d'intérêt de groupe qui permet le maintien de l'équilibre des sociétés membres du groupe et leurs associés. Les participations indirectes que la Cour d'appel de Paris estimait insuffisantes pour la recevabilité de cette demande ne sont *in concreto* que des investissements effectifs de la société mère dans la sous-filiale réalisés par le truchement des personnes interposées. Un conflit d'intérêt frappant une sous-filiale n'est, à cet égard, pas seulement préjudiciable aux associés de celle-ci, mais également aux autres sociétés et associés liés au groupe. Dès lors, doivent être prises en compte l'unité et l'entité économiques et financières du groupe en vue de reconnaître le droit de demander cette mesure à tout associé que ce soit direct ou indirect.

2- Le mandataire *ad hoc*

156. La nomination d'un mandataire judiciaire au sein de l'assemblée générale vise tantôt à pallier le vide créé par l'annulation de la résolution des majoritaires, tantôt à combattre l'abstention ou l'opposition des minoritaires à une décision nécessaire à l'intérêt social³⁵⁵. Il en est ainsi que dans les deux cas le tribunal dispose du pouvoir de nommer un mandataire *ad hoc* avec pour mission de traiter le post-conflit. Ce mandataire ne doit pas être confondu avec l'administrateur provisoire, qui se substitue partiellement ou complètement aux dirigeants en fonction³⁵⁶.

³⁵⁴ CA. Paris, 11 mars 1992.

³⁵⁵ Voir en ce sens, CA Aix-en-Provence, ch. 08 A - 11/08431 - 26 janv. 2012 : « la résistance abusive d'un associé minoritaire animé de l'intention de nuire ne peut être surmontée que par la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé d'exercer le droit de vote à sa place dans l'intérêt de la société »

³⁵⁶ Voir I. Urbain-Parleani, (Société civile, administrateur provisoire – pouvoir – révocation du gérant, (non) dissolution de la société, Rev., soc. 2009, p.669), qui écrit en ce sens, reprochant à la Cour d'appel de Pau (2^e ch. 1, 4 déc. 2008) sa confusion entre les deux terminologies : « Il convient d'observer que si la Cour d'appel utilise la terminologie d'administrateur provisoire, l'un des éléments caractérisant par nature

On peut se demander le cas échéant si ce traitement du conflit d'intérêt consiste à confier au mandataire *ad hoc* un pouvoir de voter au nom des associés majoritaires ou minoritaires. La Cour de cassation répond dans l'affirmative pour le cas d'abstention ou opposition abusive des minoritaires. Elle énonce dans un arrêt³⁵⁷ du 9 mars 1993 qu'« il est possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires »³⁵⁸. Le juge est donc à même de dessaisir les associés minoritaires de leur droit de vote et de modifier le rapport de force dans la société. Cette jurisprudence audacieuse constitue dans le cadre des groupes de sociétés une garantie importante pour contrer l'abus de vote d'une société contrôleuse disposant d'une minorité de blocage. Il est en effet envisageable que cette société s'abstienne ou s'oppose à une décision intéressant la société contrôlée afin de favoriser l'intérêt d'une troisième dans laquelle elle dispose d'une participation majoritaire. Dans un tel cas, la juridiction ne se contente pas d'obliger la société abusant de son droit de vote au règlement d'une indemnité, mais elle procède en plus à lui substituer un mandataire *ad hoc* ayant pour mission de voter en ses lieu et place.

157. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un abus de majorité, la doctrine n'accepte pas que le mandataire judiciaire, qui ne connaît pas la société dans laquelle il vient d'être nommé, puisse se substituer à la majorité pour prendre la décision que celle-ci n'a pas voulue. Comme D. Tricot l'a fait observer, le mandataire a une double mission : « d'une part, faire obstruction de l'intérêt extérieur qui a guidé les majoritaires, d'autre part, dégager leur intérêt légitime d'actionnaire. Sur le premier point, il n'a pas besoin de leur accord. Sur le second point le mandataire doit s'enquérir de la volonté des actionnaires. Recherchant leur intérêt commun, il interrogera les uns et les autres, et rien n'indique qu'il conclura à l'opportunité de voter dans le sens revendiqué par les minoritaires ». Selon cet auteur la mission du mandataire consiste moins à voter qu'à dégager un accord entre majoritaires et

l'administrateur provisoire fait en l'espèce défaut. (...). La Cour relève d'ailleurs ce fait en observant que l'administrateur provisoire n'est pas chargé d'une mission de gestion. Il aurait mieux valu utiliser une terminologie adaptée comme celle de mandataire "ad hoc" chargé d'accomplir une ou des missions. Le mandat "ad hoc" laissant le dirigeant social à la tête de ses affaires ».

³⁵⁷ Cass. com. 8 mars 1993, Bull IV, n°101.

³⁵⁸ Voir J. Cavallini, *op. cit.*, p.247 : « ne pouvant lui-même adopter des actes sociaux, le juge est en mesure de les provoquer via un mandataire de justice. Cette technique est utilisée lorsque le juge entend mettre fin à un abus de majorité. Il lui revient en effet de prononcer le séquestre des actions des associés en cause et de désigner un mandataire *ad hoc* apte à voter à leur place mais dans l'intérêt de la société ».

minoritaires³⁵⁹.

Cependant, dans la jurisprudence, on peut invoquer une décision récente du Tribunal de Reims³⁶⁰ qui vient de permettre la nomination d'un mandataire *ad hoc* se substituant aux associés majoritaires d'une SAS. Aux termes de ce jugement, l'exercice par l'actionnaire majoritaire de son droit de vote avait conduit la société à prendre des décisions manifestement précipitées et difficilement réversibles, susceptibles de porter atteinte à l'intérêt social et de compromettre l'avenir de l'entreprise. La Cour d'appel de Reims a approuvé cette décision. Mais la Cour de cassation³⁶¹ l'a censurée, estimant que les juges du fond n'avaient pas précisé en quoi l'exercice par l'actionnaire majoritaire de ses pouvoirs empêchait le fonctionnement normal de la société.

L'importance de ce dernier constat de la Cour de cassation réside dans le fait que celle-ci n'ait pas évoqué les raisonnements classiques de la doctrine. Elle se fonde uniquement sur l'absence de preuve du conflit d'intérêts entre les associés ; ce qui permet à coup sûr de penser que la décision aurait été prise d'une manière différente si les juges du fond avaient constaté l'existence d'un tel conflit.

D- La dissolution de la filiale

158. La dissolution de la filiale constitue une importance particulière pour les associés minoritaires. En effet, devant la difficulté de trouver un acquéreur de leurs titres, acceptant de s'engager dans une société liée à des intérêts extérieurs, ces associés disposent de leur droit de demander la dissolution de la filiale en vue d'en sortir et de recueillir un boni de liquidation partageable. Ce droit, considéré par la jurisprudence comme d'ordre public³⁶², est prévu à l'article 1844-7 du Code civil français qui dispose : «la société prend fin : (...) 5° par la dissolution anticipée prononcée par le Tribunal à la demande d'un associé pour juste motif, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société». Il est également prévu dans le Code de commerce libyen par l'article 30 qui dispose : «Tout associé a le droit de demander au tribunal la dissolution de la société pour inexécution des obligations afférentes aux autres associés ou une grave mésintelligence entre les associés, ou tout autre

³⁵⁹ Voir aussi : D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 369, p. 361 ; L. Godon, *Le recul de l'administrateur provisoire de groupe*, Rev. soc. 2008. p. 96.

³⁶⁰ T. Reims 29 févr. 2009.

³⁶¹ Voir : Cass. com., 10 nov. 2009, F-D, n° 08-19.356, note sous cass. D. Poracchia, (*Conditions de nomination d'un administrateur provisoire représentant des actions démembrées*), Rev. soc., 2010, p.219.

³⁶² Voir : Cass. com. 12 mars 1996., note D. Bureau, Rev. soc. 1996 p. 554

juste motif ».

De plus, selon la jurisprudence française, le tribunal saisi ne peut obliger l'associé demandant la dissolution à céder ses parts à la société ou aux autres associés qui lui offrent leur rachat. C'est une voie principale ayant pour objet de sanctionner le conflit d'intérêt issu d'un abus de vote. Mais elle représente pourtant un péril terrible pour la filiale qui disparaît. C'est pourquoi les deux législateurs, français et libyen, restreignent le champ d'application de cette disposition à l'exigence d'un juste motif reposant sur l'inexécution des obligations sociales par un associé ou une mésentente paralysant le fonctionnement normal de la société³⁶³. Un conflit d'intérêts pourrait ainsi justifier la dissolution pour l'un ou l'autre de ces deux motifs.

La mésentente entre associés se révèle dès lors que l'intérêt commun est violé par l'exercice du droit de vote contraire à l'intérêt social. Dans une filiale, la mésentente peut émaner de la recherche par la société mère d'intérêts personnels ou relatifs à d'autres sociétés de son groupe, contraires à l'intérêt de cette filiale et ses associés minoritaires. Or, il ne suffit pas selon l'article 1844-7 que les associés soient en conflit d'intérêt, le juge du fond doit constater que la divergence dans la filiale est profonde et persistante, compromettant la bonne marche de ses affaires sociales³⁶⁴. Cette situation apparaissait d'ailleurs clairement dans un arrêt d'appel de Paris³⁶⁵ rendu le 19 juin 2007. Dans cette affaire, une société mère et un coassocié détiennent à part égale les droits de vote dans une filiale. Un désaccord entre eux est survenu, provoquant un blocage total de décision. La Cour d'appel de Paris affirma ainsi que « compte tenu que chacun des associés détient à parts égales les droits de vote; que la société IPAC, autre société du groupe dont Monsieur Moine assurait la gérance et qui est en cours de liquidation, n'a pu continuer d'assurer la domiciliation de la société Avendi Axhom, qu'elle assumait des travaux de secrétariat et

³⁶³ En dehors de ces deux exemples, la juridiction saisie doit établir l'existence d'un juste motif pour prononcer la dissolution de la société. Dans un arrêt du 09 mars 2010, la Cour d'appel de Pau a désapprouvé le Tribunal de Pau d'avoir rejeté une demande de dissolution présentée par un associé, fondée sur la mésentente avec son mari coassocié issue de leur divorce. La Cour d'appel, établissant sa décision sur le dissentiment entre les deux associés qui faisait disparaître l'affectio societatis, déclare en l'espèce qu' « *en application de cet article, la disparition de l'affectio societatis constitue un juste motif. En l'espèce Madame Isabelle DARRACQ LASVLADAS et Monsieur Pierre LASVALADAS sont en train de se séparer dans leur vie privée. Le sens de cette collaboration a totalement disparu avec la séparation du couple, ce qui entraîne la paralysie dans le fonctionnement de la société. Les deux associés du fait de la disparition de l'affectio societatis ont demandé la dissolution anticipée de la SARL INGENIERIE CONSEIL ENVIRONNEMENT. Cette demande repose sur de justes motifs* ». Voir le texte intégral (CA .Pau 09 mars 2010, 29 mars 2010, n°09/00633)

³⁶⁴ Cass. com. 21 oct. 1997 : « *cette mésentente n'est une cause de dissolution que dans la mesure où elle a pour effet de paralyser le fonctionnement de la société* ».

³⁶⁵ CA. Paris, le 19 juin 2007, n°05/25053

était chargée de tenir sa comptabilité; que le mandataire *ad hoc* nommé par le premier juge a accompli sa mission mais que toutes les délibérations de l'assemblée générale concernant la vie de la société ont été rejetées, un même nombre de votes s'était trouvé en opposition ; que la mésentente des associés a pour effet de paralyser le fonctionnement de la société ; qu'il y a donc lieu de prononcer la dissolution de la société ».

159. Par ailleurs, l'autre juste motif énoncé par lesdits articles consiste en l'inexécution des obligations résultant du pacte social. Cette cause de dissolution se révèle d'une importance particulière pour la défense de l'intérêt commun des associés, notamment minoritaires, car la règle énoncée vise toute obligation quelle que soit la source. Les actionnaires sont dès lors tenus par les dispositions de l'article 1833 du Code civil édictant que « chaque votant doit arrêter son choix dans le sens que lui commande ses intérêts d'associé et non pas en sens contraire à ces intérêts ».

En résumé, la société filiale pourrait trouver une opportunité de dissolution en cas d'abus de majorité ou de pouvoir commis par la société mère, associée majoritaire ou dirigeante. Mais il ne faudrait pas négliger le risque qu'induit cette sanction quant à la vie sociale de la filiale, lequel montre la nécessité d'offrir aux associés minoritaires une voie de sortie sauvant l'entité juridique de cette dernière.

E- Le droit de retrait

160. Ce droit permet à un associé de se retirer de la société en obtenant soit le remboursement par celle-ci de la valeur de ses droits sociaux, soit l'achat par les associés majoritaires de ses actions³⁶⁶. Cette faculté est assurée en droit libyen par l'article 562 du Code civil applicable à toutes les sociétés civiles et commerciales. Intitulé du « retrait de l'associé », ce texte prévoit que « 1- Chaque associé peut se retirer de la société dont la durée est illimitée ou n'est pas liée à la vie d'un associé ; 2- il peut également s'en retirer dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, s'il dispose d'un juste motif ».

D'après cette disposition, on constate que le droit de retrait s'exerce librement lorsqu'il s'agit d'une société à durée illimitée, et lié pour les autres sociétés à l'existence d'une stipulation statutaire ou d'un juste motif. Dans le premier cas, il revient aux statuts de préciser les conditions nécessaires pour l'utilisation de ce droit, et dans le second, il

³⁶⁶ Voir D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 378 p. 369. Voir aussi : M. Cozian et alter, op. cit., 326, p.161 et s. Selon ce dernier « il y a en effet retrait lorsqu'un associé, sans avoir à proposer un cessionnaire, demande le remboursement de son investissement ».

incombe au juge de se prononcer sur l'existence d'un juste motif de retrait. Cette preuve est souvent fondée sur la violation de l'intérêt commun par les associés majoritaires qui poursuivent leur intérêt personnel au mépris de l'intérêt des minoritaires. L'obligation de ces associés d'acquiescer les titres de ces derniers constitue ainsi la sanction appropriée à leur comportement fautif.

161. Quant au droit français, le retrait d'associé ne résulte d'aucun texte général applicable à toutes les sociétés³⁶⁷, mais de textes particuliers à certaines sociétés, ou des conditions statutaires ou bien même de la démonstration de juste motif³⁶⁸. Ainsi, selon l'article 1869 du Code civil, relatif à la société civile : « Sans préjudice des droits des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés, ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice. À moins qu'il ne soit fait application de l'article 1844-9, troisième alinéa, l'associé qui se retire a droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, fixée, à défaut d'accord amiable conformément à l'article 1843⁴³⁶⁹ ». Du reste, il résulte de l'article 1845 du même Code que les dispositions relatives à la société civile sont applicables à toutes les sociétés civiles à moins qu'il n'y soit dérogé par le statut légal particulier auquel certaines d'entre elles sont assujetties³⁷⁰. De même le droit de retrait est classique pour les sociétés civiles professionnelles (L. 29 nov. 1996. art.18), les sociétés d'exercice libéral, le GIE et les sociétés à capital variable (C. com. art. L. 231-6)³⁷¹.

³⁶⁷ D. Gibirila, *Fasc. 41 : Société. – Dispositions générales. – Parts sociales : droits et obligations de l'associé*, *JurisClasseur Civil Code*, art. 1832 à 1844-17, Cote : 03,2009 : « le droit de retrait n'existe pas dans toutes les sociétés. En effet, à l'inverse des sociétés civiles de droit commun, des sociétés civiles professionnelles et des sociétés de construction, le principe de l'intangibilité du capital social s'oppose à l'octroi d'une faculté de retrait direct aux associés des sociétés commerciales. Seules dérogent à ce principe, les sociétés à capital variable pour lesquelles l'article L. 231-6, alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose que l'associé peut se retirer quand il le juge convenable. Il s'agit bien là d'une exception, malgré les invitations des parlementaires à généraliser ce droit de retrait.

³⁶⁸ jusqu'à la réforme de 1978, le droit de retrait n'était expressément prévu que dans les SCP et les sociétés à capital variable, en parallèle avec le droit d'exclusion voir A. Bougnoux, *Sociétés civile.- associés*, *JurisClasseur*, cote 4 2010 : « le principe d'intangibilité du capital social s'oppose en effet, aussi bien dans les sociétés civiles de droit commun que dans les sociétés commerciales, à ce qu'un associé puisse quitter la société à sa guise en récupérant sa mise ». C'est donc par le biais de cette réforme qu'a été introduit au Code civil un nouvel article 1869 ouvrant ce droit à tous les associés des sociétés civiles, même celles soumises à des statuts particuliers, sauf si ces statuts légaux ont prévu sur ce point des solutions spécifiques.

³⁶⁹ L'article 1843-4 prévoit que « Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation par un expert désigné soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du Tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

³⁷⁰ V. Cass. civ. 03 juin 2010., n°09-65.995.

³⁷¹ « Chaque associé peut se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable, à moins de conventions contraires ».

162. En dehors de ces cas, le droit de retrait suppose l'existence d'une stipulation statutaire. Cette exigence ponctuelle, issue du principe de l'intangibilité du capital social³⁷², constitue une lacune regrettable dans le droit français notamment pour les sociétés dont les titres ne sont pas négociés sur un marché réglementé. Les associés minoritaires en conflit d'intérêt avec les majoritaires n'ont qu'à demander la dissolution de la société afin d'obtenir le remboursement de leurs participations, ce qui débouche en réalité sur un risque majeur pour l'entreprise. A notre avis, un texte législatif général devrait être introduit dans le Code civil, au chapitre relatif aux dispositions générales de la société qui étendrait le retrait à toutes les sociétés.

Conclusion du chapitre

163. Pour conclure, nous constatons que le conflit d'intérêt et l'abus de droit qui en découle constituent pour les associés minoritaires des filiales le risque le plus important. Ils ont à ce titre fait l'objet de plusieurs règles législatives qui visent à la fois la prévention et la limitation de leurs effets néfastes. D'une part, les conventions conclues entre la société mère et ses filiales relèvent par principe d'une procédure de contrôle dont la souveraineté de l'exercer revient aux associés. Cette procédure s'établit en effet en deux étapes essentielles : une procédure d'autorisation préalable incombant aux membres de la direction ou de la gestion ; et une procédure de ratification postérieure, soumise à la collectivité des associés hormis ceux faisant partie de l'acte en cause. D'autre part, la société mère, associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, peut sacrifier son intérêt social dans cette dernière en faveur des intérêts personnels. Elle est à cet égard susceptible d'assumer la responsabilité des dirigeants ou des associés abusant de leurs pouvoirs ou de leurs droits de vote.

Il reste néanmoins à démontrer que l'absence d'une réglementation particulière aux groupes de sociétés pourrait servir les associés minoritaires des filiales, dans la mesure où elle justifie l'application des règles générales du droit commun qui se fondent essentiellement sur la notion de personnalité morale.

³⁷² D. Gibirila, *ibidem* : «le principe de l'intangibilité du capital social s'oppose à l'octroi d'une faculté de retrait direct aux associés des sociétés commerciales».

Chapitre II : La protection des minoritaires fondée sur l'autonomie de la filiale

164. Le risque qu'encourent les créanciers des sociétés filiales trouve également sa source dans l'organisation structurelle du groupe, qui transcende souvent la personnalité morale de chacune des sociétés membres. Comme nous l'avons constaté dans le chapitre préliminaire, cette organisation est diverse : le groupe pouvant revêtir une structure pyramidale, radiale, circulaire, ou complexe. Le groupe pyramidal (dit aussi *en cascade*) se compose d'une société mère qui contrôle des filiales contrôlant à leur tour des sous filiales et ainsi de suite. Dans cette forme, on constate l'existence d'un groupe principal constitué d'une société mère – tête du groupe – et des sociétés filiales directes, et d'un ou de plusieurs sous-groupes composés des filiales et des sous-filiales. La société mère exerce en l'occurrence deux types de contrôle : un contrôle direct sur les filiales et un indirect sur les sous-filiales. Le groupe radial est une structure où la société mère contrôle directement l'ensemble des filiales, sans qu'il existe entre ces dernières de lien en capital. Le contrôle qu'elle exerce sur ses filiales est direct, et non indirect ou par personne interposée. Le groupe circulaire est une forme dans laquelle une première société contrôle une deuxième qui en contrôle à son tour une troisième et ainsi de suite, la dernière de la chaîne contrôlant à son tour la première. Il existe enfin le groupe à structure complexe qui peut revêtir à la fois les différentes formes décrites ci-dessus.

165. Ces organisations structurales du groupe débouchent en effet sur une antinomie criante entre la réalité et le droit. Il s'agit de l'autonomie juridique dont dispose chacune des filiales à l'égard des autres sociétés du groupe³⁷³ et l'interdépendance économique qui lie l'ensemble de ces sociétés autour d'une seule et même société mère. Cette contradiction n'est pas sans avantage à la fois pour la société mère et ses filiales et pour les associés minoritaires de ces dernières, la société mère y trouvant une grande latitude pour répartir les tâches opérationnelles entre ses filiales et aménager les capitaux et les pouvoirs au sein de son groupe. De leur côté, les associés minoritaires des sociétés filiales sont classés sous le même régime de protection applicable à ceux des sociétés isolées. L'appartenance de leur société à un groupe ne met pas en péril leurs droits à l'égard de cette dernière. Les sociétés filiales en tirent elles-mêmes avantage : cette situation paradoxale n'est pas de

³⁷³ Dans une affaire récente (*Cass. com. 11-17.458, 11 sept. 2012*), la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé que « *que sauf confusion des patrimoines ou fictivité de la société, l'autonomie de la personne juridique fait obstacle à ce qu'une personne morale ait à répondre sur son patrimoine des faits d'une autre personne morale du même groupe à ce seul motif* »

nature à les priver de personnalité morale. Leurs organes sociaux, dont la société mère, restent soumis dans l'exercice de leurs pouvoirs aux mêmes dispositions régissant ceux des sociétés non-affiliées d'un groupe.

Dès lors, à partir de ces aspects juridiques, nous essayerons dans ce chapitre de rassembler les différentes règles assurant l'indépendance de la société filiale vis-à-vis de sa mère. Il s'agit des dispositions relatives aux droits des associés minoritaires (1^{ère} section), et de celles afférentes à l'organisation légale des pouvoirs au sein de la filiale (2^{ème} section).

Section I : L'obligation de respecter les droits des minoritaires

166. Les droits des associés minoritaires à l'égard de la filiale sont divisés selon leur nature en deux catégories : droits extra-pécuniaires (1^{ère} sous-section) et droits pécuniaires (2^{ème} sous-section). Nous les mettrons en évidence, tout en étudiant, au fur et à mesure, les sanctions encourues par la société mère dans le cas de leur non observation.

Sous-section I : Les droits extra-pécuniaires

167. L'associé est considéré par certains auteurs³⁷⁴ « comme "citoyen" de cette "cité" qu'est la société ». Il dispose des droits essentiels, acquis dès sa signature du contrat social ou sa souscription aux titres émis par la société. Ces droits sont en principe conservés jusqu'à la dissolution de celle-ci.

Ainsi dans une filiale, outre le droit d'en faire partie et le droit à l'information face à sa direction, l'associé minoritaire ne peut voir ses engagements augmentés contre son gré, ni être privé de son droit de vote. Ces quatre prérogatives doivent être analysées.

I- Le droit de faire partie de la filiale

168. La conception contractuelle de la société permet d'expliquer que l'associé ait le droit de se prévaloir du contrat conclu avec la société. La souscription aux titres émis par la société constitue un contrat synallagmatique qui oblige l'associé à libérer ses actions ou parts et la société à délivrer les titres lui conférant le droit d'en faire partie. En revanche, le caractère institutionnel de la société a permis au fil du temps de considérer le droit de rester associé comme un principe général auquel le législateur peut déroger par des textes admettant l'exclusion d'associé à titre de sanction³⁷⁵. De même, la collectivité des associés est en mesure d'insérer dans les statuts des clauses dérogatoires qui autorisent la société à éliminer un associé. La doctrine et la jurisprudence françaises acceptent également

³⁷⁴ Voir M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°383, p.189.

³⁷⁵ G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.*, n°1599, p.406.

l'exclusion d'un associé à l'origine d'une mésentente grave qui menace la société de dissolution.

A partir de cela, il convient d'aborder en préalable le principe général et de clarifier ensuite les exceptions.

A- Affirmation du principe général

169. La qualité d'associé procède toujours de deux façons : ou bien des statuts dont l'associé fait partie par sa signature, ou bien de l'acquisition par l'associé d'une fraction de titres émis par la société. Une fois cette qualité acquise, l'associé dispose de son droit de demeurer dans la société aussi longtemps qu'il le voudra. Il ne peut en principe être privé de cette qualité qu'au vu d'un texte ou d'une clause statutaire au sens de l'article 227-16 du Code de commerce français (art. 7 C. com. lib.). « Le juge n'a pas, de lui-même, à prononcer l'exclusion d'un associé, de même que les associés ne peuvent prononcer l'exclusion de l'un d'entre eux³⁷⁶ ». Ce droit, bien que n'étant pas prévu par un texte législatif, est considéré par la doctrine et la jurisprudence comme un dogme prépondérant. Ripert et Roblot ont écrit depuis longtemps que « l'actionnaire est membre de la société, il ne peut pas être privé de cette qualité, parce qu'il y aurait là une véritable expropriation. C'est seulement avec son consentement que son droit peut disparaître³⁷⁷ ». La Cour suprême libyenne eut également l'occasion de se prononcer sur cette question³⁷⁸, s'agissant d'une SNC constituée entre deux personnes, dont l'une procéda à la révocation de l'autre. La Cour considéra l'exclusion comme illicite en raison du caractère contractuel de la société, déclarant qu'un associé ne peut révoquer un autre associé d'une manière unilatérale. Elle déclara en ce sens que « quand bien même la société créée par deux personnes n'est pas dissoute dès la réunion de ses parts en une seule main, persistant aux termes des articles 522 du Code civil et 461 du Code de commerce six mois afin de récupérer le nombre légal des associés, il n'en résulte pas moins qu'un associé ne saurait, de lui-même, résilier le contrat social en révoquant son coassocié contrairement à la loi des contractants ». De même, la Cour de cassation française a eu l'occasion d'énoncer ce principe en 1996. Selon elle, c'est un droit fondamental pour l'associé de demeurer dans la société, quoi qu'il arrive³⁷⁹.

³⁷⁶ Voir A. Charveriat et A. Couret, *op. cit.*, n°743, p. 80.

³⁷⁷ G. Ripert et R. Roblot., *idem*.

³⁷⁸ C. sup. lib. ch. civ., n°21-30, le 04/01/1976.

³⁷⁹ Cass. 12 mars 1996, *Rev. soc.*, 1996, p. 554.

B- Les exceptions

170. Les règles relatives à l'atteinte au droit des associés minoritaires s'appliquent à tout associé sans tenir compte de la société dont il fait partie. Dans une filiale, l'exclusion d'associé peut s'opérer d'une manière directe ou indirecte. C'est-à-dire, par le biais d'une clause statutaire ou d'un texte législatif permettant à l'assemblée générale ou au juge de révoquer l'associé (1), ou encore suite à une réduction du capital ou à un changement de titres du capital en actions de priorité (2).

1- L'atteinte directe au droit d'associé de faire partie de la filiale

171. L'atteinte directe au droit de l'associé consistant en l'exclusion de ce dernier trouve sa légitimité dans les statuts de la société³⁸⁰. Elle est prévue à la fois en droits français et libyen. Dans le premier, la possibilité d'exclure l'associé est énoncée dans plusieurs textes. Ainsi, selon l'article 227-16 du Code de commerce relatif à la SAS « dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions ». L'article suivant prévoit une disposition relative à la modification du contrôle d'une société associée. Il dispose que « les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L.233-3 doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiées. Celle-ci peut décider dans les

³⁸⁰ Il existe également une autre sorte d'exclusion dite « exclusion légale » que le législateur prévoit dans des situations disparates. Ainsi en droit français on peut l'évoquer à titre d'exemple : dans les sociétés à capital variable (C. com. art. L. 231-1 et s.) . Lorsque l'incapacité ou le vice de consentement d'un associé risque d'entraîner l'annulation de la société (C. civ. art. 1844-12 et s.) ; à l'encontre des dirigeants sanctionnés d'une faillite personnelle en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société (C. com. art. L. 653-9) ; dans les sociétés cotées, à l'encontre des minoritaires qui ne possèdent pas plus de 5% du capital ou de droits de vote (AMF, règl. gén. art. 237-1 et s.). On peut citer également certaines dispositions en droit libyen. Ainsi l'article 527 du Code civil (applicable par principe à toutes les sociétés sauf dérogation particulière) prévoit : « l'associé peut être exclu dans les cas suivants :

- 1- s'il manque gravement à ses obligations légales ou statutaires, ou s'il perd sa capacité ou son aptitude à l'exercice de sa profession, ou encore si un jugement vient à lui interdire, même temporairement, l'exercice des fonctions publiques ;
- 2- s'il avait présenté son apport en industrie ou en travail, et est devenu ensuite incapable d'exécuter son obligation ;
- 3- s'il s'est engagé à transférer à la société la propriété d'une chose qui a été ruinée avant que celle-ci ne la reçoive ». Selon l'article 528 du même Code « il est exclu de plein droit : 1- l'associé jugé failli ; 2- l'associé à l'encontre duquel un créancier dispose d'un jugement de liquidation de sa part prononcé sous le chef de l'article 520 de ce code ».

Il existe également d'autres textes dans le Code de commerce, ainsi l'article 85 relatif à la SCS, interdisant aux associés commandités de s'engager dans la direction sociale ou de conclure au nom de la société des actes sans délégation spéciale à chaque opération, permet l'exclusion de l'associé violant cette interdiction ; l'article 341, relatif à la société coopérative, permet la révocation d'associé manquant, malgré sa mise en demeure, au paiement à la société de son dû.

conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure ». De même, les sociétés à capital variable ont aussi la possibilité d'introduire une telle clause. Selon l'article L. 231-6 du Code de commerce : « il peut être stipulé que l'assemblée générale a le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société ». De même, l'article L. 221-16 autorise les associés en nom collectif à introduire une clause d'exclusion afin d'éviter la dissolution de la société en cas de liquidation judiciaire, d'interdiction ou d'incapacité d'un associé³⁸¹.

172. Partout ailleurs, les textes sont muets, et la question repose ainsi sur la possibilité d'étendre la procédure d'exclusion aux autres sociétés. La jurisprudence tend à admettre la validité des clauses statutaires d'exclusion pour la plupart des sociétés. Un arrêt de la Cour d'appel de Rennes, rendu en janvier 2011, vient d'approuver implicitement une clause de non concurrence insérée dans les statuts d'une SARL, laquelle permet à l'assemblée générale l'exclusion d'un associé en cas de violation. Dans cette affaire, la Cour d'appel n'a pas discuté la validité de cette clause, mais est allée plus loin en se penchant sur l'établissement de cette violation³⁸². De même, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu en mars 2005, à propos d'une SNC, a reconnu expressément la validité de la clause d'exclusion insérée aux statuts de celle-ci³⁸³. Plus récemment, la même Cour³⁸⁴ a statué sur une clause d'exclusion insérée aux statuts d'une SC (dite Finamag), prévoyant que « dans le cas où l'un des associés ne remplirait plus les conditions requises pour le demeurer, notamment en raison de son licenciement lorsqu'il est salarié du groupe, il pourrait être exclu en tout ou partie à l'entière discrétion du gérant ». Il s'agit dans cette affaire d'un salarié du groupe, par ailleurs associé d'une SC, ayant été licencié pour faute grave. La gérante de cette dernière l'a informé alors de sa volonté de mettre en œuvre une procédure d'exclusion partielle par voie de réduction de sa participation. Le rachat devait intervenir peu de temps après. La Cour de cassation, approuvant la Cour d'appel, a déclaré « qu'ayant relevé que la décision de racheter une partie des droits sociaux de M. Maucollot

³⁸¹ De son côté, le droit libyen a régi la question par l'article 19 du Code de commerce, applicable à toutes les sociétés. Selon les dispositions de cet article : « *sauf texte légal ou cas prévu dans le contrat social ou les statuts, il est interdit d'exclure l'associé ou d'augmenter contre son gré ses obligations* ». Puisqu'il est classé sous la première partie du Code de commerce, intitulée de « *dispositions communes relative au droit des sociétés* », cet article s'applique à toutes les sociétés régies par ce Code, à savoir les sociétés commerciales, la SCI et la société coopérative.

³⁸² CA Rennes, ch. 02 com. 25 janv. 2011, n° 10/03703.

³⁸³ Cass. com. 8 mars 2005, D. 2005, AJ 839, obs. A. Lienhard, JCP E 2005, 1171, n°27.

³⁸⁴ Cass. com. 20 mars 2012, F-P+B, n° 11-10.855, Maucollot c/ Sté Finamag, D. 2012. 1584, obs. A. Lienhard, note M. Laroche ; note A. Couret.

à la suite de la perte par ce dernier de la qualité de salarié d'une société du groupe avait été prise conformément aux statuts de la société *Finamag*, la cour d'appel en a exactement déduit que cette décision était régulière, peu importe que l'exclusion de l'associé fût une simple faculté pour le gérant, statutairement investi du pouvoir de la prononcer».

173. En revanche, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée en 2001³⁸⁵ contre une clause statutaire d'une SA qui «prévoyait une procédure exceptionnelle d'exclusion entraînant l'obligation de céder ses actions, à l'encontre de tout actionnaire en cas de fautes graves et, notamment, en cas d'exercice directement ou indirectement d'une activité concurrente et déloyale, de dénigrement, d'actions malveillantes répétées contre la société et de condamnation pénale ». La Cour a ainsi prononcé la nullité de cette clause en raison qu'elle – réduisant la liberté de commerce et de travail – constituait « une augmentation des engagements des actionnaires requérant l'unanimité, alors surtout qu'elle laisse à la seule appréciation de la société, le caractère déloyal de l'activité de l'actionnaire et peut permettre d'écarter arbitrairement un associé ».

Dans la doctrine, la validité des clauses d'exclusion n'est guère douteuse. La plupart des auteurs considère que l'exclusion d'un associé est possible pour autant qu'elle ait été prévue dans les statuts et que la disposition statutaire ait été acceptée par tous les associés³⁸⁶. *Charveriat et Couret*³⁸⁷ ont écrit en ce sens que « les statuts peuvent aussi, à notre avis, autoriser le rachat forcé des titres d'un associé. Mais cette clause n'est valide que si elle figure dans les statuts d'origine ou si elle y a été introduite au cours de la vie sociale par décision unanime des associés³⁸⁸ ».

174. Toutefois, on peut s'interroger sur l'organe compétent pour prononcer l'exclusion d'associé. Cette exclusion, relève-elle de la compétence des associés ou de celle des dirigeants ? Nous avons constaté plus haut que l'article L. 231-6 relatif aux sociétés d'exercice libéral confère ce pouvoir à l'assemblée générale, à la majorité fixée pour la

³⁸⁵CA Paris, n° 2000/12023, 27 mars 2001

³⁸⁶Voir P. Bézard, *Sociétés civiles*, n° 1100 ; E. Alfandari et M. Jeantin, *RTD com.* 1980. 97 ; *Mémentos Sociétés commerciales* Francis Lefebvre, 2012, n° 3412. Les auteurs toutefois se montrent parfois très prudents et circonspects dans ce domaine, usant volontiers du conditionnel (Voir P. Didier et Ph. Didier, *Droit commercial*, Tome 2, *Les sociétés commerciales*, Economica, 2011, n° 668).

³⁸⁷A. Charveriat et A. Couret, *op. cit.*, n°745, p.80 ; voir aussi M. COZIAN et *alter*, *op. cit.*, n° 323, p. 160 qui affirment que « rien n'interdit d'insérer dans les statuts une clause autorisant l'exclusion d'un associé si certains événements nettement précisés à l'avance viennent à se réaliser ».

³⁸⁸Voir aussi G. Ribert et R. Roblot, par M. Germainet V. Magnier, *op. cit.*, n° 1601, p.407 qui écrivent : « la doctrine considère en général que l'introduction de la clause d'exclusion d'associé dans les statuts ne pourrait être décidée que par l'unanimité des associés, et que l'associé exclu devrait pouvoir faire apprécier par les tribunaux les conditions de son exclusion pour éviter les décisions arbitraires, motivées par le seul désir d'écarter un associé gênant » ; CA Paris 27/3/2001 : *RJDA* 10/01 n°973.

modification des statuts. Les autres textes ne donnant pas de réponse claire, une divergence peut ainsi être constatée dans la doctrine. Selon J. Sikora³⁸⁹, la compétence de l'assemblée générale s'impose du fait de la gravité de la mesure d'exclusion. Quant à A. Couret, « la compétence pour exclure est souvent donnée à un organe collégial : assemblée générale, conseil d'administration. Cette collégialité est rassurante : l'exclusion est un acte très grave dont on peut espérer qu'il ne soit pas décidé à la légère³⁹⁰ ». Pour d'autres, il est plus adéquat de donner la compétence aux organes de direction pour raison de simplicité³⁹¹. La jurisprudence n'est pas non plus constante sur cette question. Certaines fois elle accorde la compétence d'exclusion à l'assemblée générale³⁹², d'autres fois elle admet la compétence d'organes collégiaux comme le conseil d'administration ou le directoire³⁹³. Ainsi, dans un arrêt du 13 mars 2012, la Cour de cassation³⁹⁴ a statué sur une clause d'exclusion insérée aux statuts d'une SC, prévoyant que « dans le cas où l'un des associés ne remplirait plus les conditions requises pour le demeurer, notamment en raison de son licenciement lorsqu'il est salarié du groupe, il pourrait être exclu en tout ou partie à l'entière discrétion du gérant ». Mais cette décision ne peut pas constituer une règle générale, car elle relève uniquement de la SC et porte sur la compétence de gérant définie par une clause statutaire. La question reste ainsi posée par rapport aux autres types de sociétés, de la même manière que par rapport à l'absence d'une telle clause.

175. A notre avis, la protection des associés minoritaires au sein des groupes nécessite d'attribuer la compétence d'exclusion à l'assemblée générale extraordinaire des sociétés membres. Il est en effet courant en la matière que l'assemblée générale ordinaire et les membres de la direction des sociétés du groupe soient contrôlés par la société mère qui parviendrait par leur biais à priver les associés minoritaires de ces dernières de toute possibilité de discuter sérieusement leur exclusion.

Il reste à ajouter qu'un texte législatif est souhaitable, tant en faveur de la possibilité de l'exclusion elle-même que pour la définition de l'organe compétent à décider de cette

³⁸⁹ J. Sikora, *L'exclusion des membres des groupements de droit privé*, Thèse Strasbourg Université Robert Schuman, 2007, n° 758

³⁹⁰ A. Couret, *La compétence de la direction pour décider de l'exclusion d'un associé*, note sous cassation, (com), 20 mars 2012, rev. soc. 2012, p.435.

³⁹¹ Voir : Daigre, Métais, Tandeau et Marsac, *Clauses d'exclusion dans les sociétés anonymes non cotées*, in *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire*, n° 43, janv.-févr. 1999, p. 13 ; Le Nabasque, Dunaud, Elsen, *Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires*, Dr. sociétés, Actes pratiques, n° 5 - 1992, § 47, p. 10.

³⁹² CA Orléans, 26 sept. 1989, Dr. sociétés juin 1990, n° 163.

³⁹³ CA. Rouen, 8 févr. 1974, D. 1974. somm. 71 ; RTD com. 1974. 291 ; Rev. Banque 1974. 647.

³⁹⁴ Cass. com. 20 mars 2012, F-P+B, n° 11-10.855, *Maucollot c/ Sté Finamag*, D. 2012. 1584, obs. A. Lienhard, note M. Laroche ; note A. Couret.

exclusion.

2- L'atteinte indirecte au droit du minoritaire de faire partie de la filiale

176. Le principe général affirmé plus haut trouve encore des dérogations législatives inhérentes au pouvoir de réduction du capital attribuée par la loi à l'assemblée générale extraordinaire. Cette réduction conduit en effet à la limitation du nombre de titres détenus par l'associé, et ainsi à l'exclusion de ce dernier. De même, il est envisageable que l'exclusion d'associé soit consécutive au rachat de ses propres actions par la société. Cette opération vise la diminution du capital social en regroupant les actions achetées pour obtenir des actions nouvelles moins nombreuses.

Il importe à cet égard de mettre en relief les textes afférents à ces pouvoirs, afin d'en dégager des règles restrictives ayant pour finalité de protéger les minoritaires contre l'exclusion. Nous aborderons donc, dans un premier temps l'exclusion de l'associé issue de la réduction du capital social (a), et, dans un deuxième temps, l'exclusion résultant de la transformation des titres du capital en titres de jouissance (b).

a) L'exclusion de minoritaires par la réduction du capital de la filiale

177. La réduction du capital de la filiale est parfois réalisée par le biais de la suppression d'un certain nombre d'actions en gardant leur valeur nominative. La filiale doit en l'état respecter le principe d'égalité entre ses associés, ce qui interdit que la suppression affecte les titres de certains associés tout en en mettant d'autres à l'abri. Autrement dit, le nombre annulé doit être réparti entre associés, minoritaires comme majoritaires, en fonction de leur propriété dans le capital social. Par exemple, si la partie du capital à réduire équivaut au tiers, la société filiale décide de supprimer un titre sur trois pour chaque associé. Cela revient à ce que la société mère détenant 60 titres ne soit plus détentrice que de 40³⁹⁵.

178. Cependant, le problème réside ici dans les difficultés que soulève ce procédé, liées en pratique aux titres indivisibles par rapport à la fraction du capital à réduire. Il arrive parfois que certains actionnaires ne possèdent pas un nombre d'actions suffisant pour obtenir un nombre entier d'actions nouvelles : ils ont alors l'obligation d'acheter ou de vendre les actions formant rompu, ce qui peut aboutir dans la seconde hypothèse à leur élimination. La jurisprudence française a cependant admis ce procédé sous réserve que la

³⁹⁵Voir M. Tipars, *La théorie des droits fondamentaux de l'actionnaire de la SA, étude comparative en droits libyen, égyptien et français*, thèse présentée et soutenue à l'université du Caire en 1998. 2^e partie, p.923.

réduction soit justifiée par une perte irrémédiable de capital et qu'elle ne dissimule pas un abus de pouvoir pour éliminer certains actionnaires.

b) L'exclusion des minoritaires par le regroupement d'actions

179. Le regroupement d'actions est une opération qui consiste à réduire le nombre d'actions en circulation sans modification du capital de la société émettrice. Dans la pratique, cette opération revient à échanger un nombre déterminé d'actions existantes contre une action nouvelle. Elle nécessite dès lors que l'actionnaire dispose de titres suffisants pour aboutir à ce nombre. L'opération peut en pratique amener au même résultat que celle de la réduction du capital, à savoir une exclusion d'associé. Cette conséquence est d'ailleurs plus ostensible dans une filiale où la majorité des actions est souvent concentrée entre les mains de la société mère. Les titres détenus par les minoritaires peuvent en effet être dispersés entre de nombreux associés qui s'intéressent peu au fonctionnement de la société, il suffit d'une participation plus faible pour exercer un contrôle sur la filiale, et imposer les décisions de la société mère. Selon l'article L. 228-2 du Code de commerce français, le regroupement d'actions comporte pour les actionnaires une obligation à procéder aux achats ou aux cessions d'actions nécessaires pour réaliser le regroupement. Les actionnaires minoritaires de la filiale risquent donc d'être obligés de vendre leurs actions s'ils ne disposent pas d'un nombre suffisant pour en obtenir un nombre entier.

180. Néanmoins, ce risque a été bien amoindri en droit français après l'ordonnance du 24 juin 2004 qui prévoit par son article 34 (devenu l'article L.228-29 du Code de commerce) que l'opération du regroupement d'actions ne peut être imposée qu'au dessous d'un montant nominal de 3,25€, et que cette valeur nominale des actions regroupées ne peut être supérieure à 15,25€. Cette disposition revêt donc pour les associés minoritaires des filiales une importance significative, étant donné le faible montant qu'elle exige pour procéder au regroupement.

II- L'interdiction d'augmenter l'engagement des associés de la filiale

181. Le droit de faire partie de la société-filiale ne peut être assuré si les associés minoritaires ne peuvent se voir imposer de nouvelles obligations par la société-mère. Par principe, les droits français et libyen interdisent d'augmenter les engagements des associés de la société filiale sans leur accord. Mais tout principe général connaît des exceptions.

A- Le principe général

182. Le principe général est exprimé en droit français à l'article 1836 du Code civil aux

termes duquel « les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par l'accord unanime des associés. En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci ». La jurisprudence française estime que cette règle est d'ordre public et que toute clause contraire doit être sanctionnée par la nullité absolue qui peut être demandée par tout associé, même celui ayant consenti à l'opération litigieuse³⁹⁶.

Concernant le droit libyen, il n'existe aucun texte général ou particulier interdisant l'augmentation des engagements des associés. Mais on ne peut toutefois retenir de cette absence que l'assemblée générale est en mesure d'augmenter les engagements des associés. En effet, bien que cette assemblée détienne le pouvoir de modifier les statuts, elle n'a pas à imposer d'obligations additionnelles aggravant les engagements des associés vis-à-vis de la société ou des tiers, car cette aggravation peut constituer une violation du principe du « contrat, loi des parties », applicable aux engagements nés de tout acte juridique³⁹⁷. Il exige en l'espèce que les associés ne soient pas contraints au-delà du risque qu'ils ont accepté. De même, comme un auteur³⁹⁸ l'a affirmé, l'existence d'une clause statutaire autorisant l'assemblée générale à accroître les engagements des associés ne vaut pas en soi acceptation par ces derniers d'aggraver leur responsabilité. Une telle clause statutaire ne peut en effet être valable, car elle crée une obligation indéfinie, ou *a priori* définie par la volonté unilatérale de la société cocontractante (C. civ. lib. art.225).

183. Néanmoins, ce principe général constitue pour les associés minoritaires d'une filiale une garantie significative contre la société mère, leur coassocié majoritaire. Cette dernière ne peut en effet insérer aux statuts de sa filiale une clause qui lui autorise l'augmentation des engagements de ses associés. Le seul moyen de parvenir à ce dessein sera l'accord unanime des associés minoritaire de la filiale.

B- L'étendue de la prohibition

184. D'abord, la prohibition d'augmenter les engagements des minoritaires de la filiale doit être distinguée de l'obligation aux dettes sociales, qui incombe aux associés d'une filiale, société de personnes. Dans ces dernières, la responsabilité d'associé ne se fonde pas sur la violation d'une clause statutaire ou extrastatutaire mais directement sur le droit. De même, l'obligation d'exécuter les engagements pris dans les statuts et acceptés par les

³⁹⁶ Cass. 13 nov. 2003, *Rev. soc.* 2004, p97, note B. Saintourens.

³⁹⁷ Voir aussi P. Le Cannu et B. Dondero, *op. cit.*, n°144, p.90

³⁹⁸ M. Tipars, *op. cit.*, p.898.

associés ne constitue pas une dérogation audit principe puisque elle est exigée pour la réalisation de l'objet social. Il faut, de plus, établir une différence entre aggravation des engagements et restriction des droits. Ne sont pas interdites les clauses statutaires ou les décisions qui entraînent, non pas une augmentation des engagements mais une restriction des droits des associés³⁹⁹ : tel est le cas pour l'introduction d'une clause d'agrément limitant la libre négociabilité des actions (C. Com. art. L. 228-23, al.1). De même, ne sont pas prohibées les clauses statutaires ou les décisions édictant la mise en réserve des bénéfices annuels, quoique limitant le droit des associés aux dividendes. En effet, ces clauses n'augmentent pas les engagements des associés minoritaires de la filiale, d'autant qu'elles sont légitimées en droits français et libyen sous certaines conditions comme nous les reprendrons plus bas.

185. En outre, le législateur libyen a confié à l'assemblée générale extraordinaire des SA et SCA le pouvoir de modifier les statuts, procurant par conséquent à cette assemblée certains pouvoirs subsidiaires, susceptibles d'accentuer les engagements des minoritaires. Ainsi, l'allongement de la durée de la société emportant prolongation des engagements des associés ; la transformation de la société en une autre forme imposant aux associés une obligation plus lourde au passif ; l'augmentation du capital social par l'incorporation des réserves démunissant les minoritaires de leurs dividendes aux bénéfices réservés. Dans de tels cas, le législateur permet aux associés s'opposant à la résolution de se retirer de la société en maintenant leur droit de remboursement de leurs titres en proportion de leur prix moyen durant les derniers six mois, sinon en fonction des biens sociaux.

III- Le droit à l'information des associés minoritaires de la filiale

186. Le droit à l'information revêt dans le cadre de groupes un grand intérêt compte-tenu du fait que l'activité attribuée à chacune des sociétés membres se caractérise souvent par une complémentarité liée à l'entité économique et financière du groupe. Chacune des filiales occupe une partie de l'entreprise globale contrôlée par la société mère ou par une société holding. L'information des associés de la filiale ne peut apporter ses résultats d'une manière satisfaisante si elle se restreint à la seule activité de cette société, traitée distinctement des liens de contrôle dont elle fait partie. Autrement dit, afin que les règles

³⁹⁹ Voir aussi Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre sociétés*, 4e éd. L.G.D.J, 1999, n°50, p.88. Il écrit en ce sens que « pendant longtemps la jurisprudence a distingué les augmentations des engagements « stricto sensu », qui était interdites et les simples diminutions de droit que les majoritaires peuvent imposer aux minoritaires » ; voir encore Cass. com. 24 juin 1997 : J.C.P ; 1997, II, 22966 note P. Mousseron ; R.J. Com. 1998, 185 note L. Godon.

relatives à l'information puissent porter leur fruit, il est indispensable qu'elles aillent plus loin que de fixer les rapports étroits entre les associés ou dirigeants d'une seule filiale en visant l'activité entière du groupe. Cet élargissement est en effet le seul moyen de révéler la réalité économique et financière de chaque société membre, et de garantir la transparence de l'ensemble des sociétés regroupées au profit de leurs associés minoritaires.

Pour parvenir à cet objectif, plusieurs mesures ont été mises en œuvre : à côté de la procédure du contrôle des conventions réglementées et des avantages particuliers précités, il existe d'autres mesures relatives notamment aux sociétés par actions, dont certaines peuvent s'appliquer à toutes les sociétés filiales (1), et d'autres relever des sociétés filiales par actions (2).

A- Mesures générales sur les informations

Il s'agit des mesures de renseignements qui s'appliquent à toutes les sociétés de personnes ou de capital incluses dans un groupe ou isolées. Certains renseignements doivent être tenus en permanence à la disposition des associés, d'autres sont communiqués de manière occasionnelle avant la réunion de l'assemblée générale⁴⁰⁰.

1- L'information permanente

187. Les associés minoritaires d'une filiale disposent en permanence d'une prérogative d'information, décrite par plusieurs articles. Ainsi pour la SA, l'article L. 225-117 du Code de commerce français, prévoit que « tout actionnaire a le droit, à toute époque, d'obtenir communication des documents visés à l'article L. 225-115 (modifié par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011) et concernant les trois derniers exercices, ainsi que des procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées tenues aux cours de ces trois derniers exercices ».

Selon ce dernier article, ces documents sont les suivants :

- inventaire et comptes annuels des trois derniers exercices et, le cas échéant, les comptes consolidés⁴⁰¹ ;
- liste des administrateurs (ou des membres du directoire ou du conseil de surveillance) ;
- rapport de gestion des organes sociaux ;
- procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées tenues dans la même période ;
- montant global des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées ;
- liste et objet des conventions portant sur des opérations courantes conclues à des

⁴⁰⁰Voir G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *op. cit.*, n°1569, p.380.

⁴⁰¹Voir la notion de 'compte consolidé' dans le chapitre préliminaire, supra n°53 et ss.

conditions normales.

188. De même, la loi n°2012-387 du 22 mars 2012, vient ajouter deux alinéas à l'article L. 225-114 du Code de commerce. D'une part, les pouvoirs donnés à chaque mandataire doivent être annexés à la feuille de présence tenue à chaque assemblée générale. En application de l'article L. 225-117 du Code de commerce, ces annexes relatives aux assemblées générales tenues au cours des trois derniers exercices sont mises à la disposition de tout actionnaire. D'autre part, les décisions de l'assemblée générale doivent être constatées par un procès-verbal lequel, selon l'article L. 225-117, est communiqué aux actionnaires.

Ces droits constituent face à la direction d'une filiale (conseil d'administration, directoire), une obligation au profit des associés⁴⁰². Tout refus peut avoir pour effet d'exposer les membres de cette dernière, (parmi lesquels peut être la société mère), à des dommages-et-intérêts. De plus, l'associé qui n'aurait pu exercer son droit à l'information peut solliciter en référé une mesure d'injonction judiciaire sous astreinte, ou la nomination d'un mandataire chargé de procéder à la communication (C. com. art. L. 238-1). Ces droits sont d'ailleurs identiques à ceux prévus pour les associés de la SARL (C. com. art. L. 223-26 s, art. R. 223-14 et s.).

189. Du reste, avant la loi NRE il était question de la possibilité de nommer une expertise de gestion avec pour mission de communiquer des documents relatifs aux différentes sociétés faisant partie d'un groupe. Cette question paraît importante, attendu que les opérations inhérentes aux sociétés membres d'un groupe sont souvent réalisées dans le cadre d'une politique commune relative au groupe en entier. Cela conduit à considérer que le cercle des personnes pouvant demander une expertise de gestion doit être élargi⁴⁰³. Avant l'entrée en vigueur de la loi (NRE), la jurisprudence française se montrait hostile à la recevabilité d'une telle demande, se référant chaque fois à l'autonomie des sociétés membres du groupe⁴⁰⁴. Selon elle, tant que le demandeur de l'expertise ne dispose pas de la

⁴⁰² Voir J-P. Legros, *Les référés injonctions de faire relatifs aux augmentations de capital après la loi du 22 mars 2012*, dr. soc. n°1 janv. 2013, étude 1.

⁴⁰³ Voir Ch. Lhussier, thèse précitée, n°172, p.156.

⁴⁰⁴ Voir CA Paris 1^{er} déc. 1992, Dalloz 1993, p.310, note Ch. Gavalda, Chron. A. Viandier et J.J. Caussain, JCP, éd. E 1993, I, 288. Cet arrêt précise que la filiale est « une entité juridique indépendante de la holding, même si celle-ci détient 99,99% de son capital et qu'en apportant ses participations à une holding dont elle est devenue l'actionnaire, la CNM a fait un choix qui lui ôte le droit d'intervenir personnellement au niveau des filiales ».

qualité d'actionnaire, son action ne peut être accueillie, faute d'avoir un intérêt légitime⁴⁰⁵. Cependant, la loi NRE, « faisant un grand pas en avant » dans l'élaboration d'un droit pour le groupe de sociétés, a admis qu'un tel expert soit désigné à la demande d'un associé d'une société membre d'un groupe, en vue de communiquer des documents relatifs aux autres sociétés du même groupe, ou de répondre à des questions posées par les associés de cette société. Mais elle exige néanmoins que la demande présentée soit appréciée au regard de l'intérêt du groupe⁴⁰⁶.

190. Pour les sociétés de personnes, l'obligation à l'information ne semble pas diverger de ces règles. Concernant la SNC, les associés non gérants ont le droit de consulter sur place, deux fois par an, tous les documents relatifs à l'activité sociale, et de poser au gérant des questions écrites deux fois par an (C. com. art. L. 221-8 et R. 221-8). Ils peuvent également obtenir, dans les quinze jours qui précèdent l'assemblée annuelle, les comptes sociaux, le rapport de gestion, le rapport du commissaire aux comptes (s'il existe) et le texte des résolutions. Pendant ce même délai, l'inventaire est tenu à la disposition des associés au siège social. Si ce droit de communication n'a pas été respecté, l'assemblée générale peut être annulée (C. com. art. L. 221-7 et R. 221-7). À défaut d'obtenir ces documents, l'associé peut solliciter en référé une mesure d'injonction judiciaire sous astreinte ou la nomination d'un mandataire chargé de procéder à la communication (C. com. art. L238-1). Ces règles sont également applicables aux associés commanditaires des SCS sous renvoi par l'article L. 222-2 du Code de Commerce. Ces associés peuvent se faire communiquer tous les documents précités (C. com. art. L. 222-7).

2- Information occasionnelle

191. Les informations occasionnelles sont celles préalables à la tenue des assemblées générales. Elles portent essentiellement sur la consultation au siège social, la réception des documents ainsi que les questions écrites.

⁴⁰⁵Voir en ce sens Cass. com. 14 déc. 1993, Bull. civ. IV, n°483, p.353 ; Bull. Joly 1994, p189, note P. Le Cannu.

⁴⁰⁶Aux termes de l'article L. 225-231 du Code de commerce « une association répondant aux conditions fixées à l'article L.210-120, ainsi qu'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5% du capital social, soit individuellement soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L.233-3 (...) À défaut de réponse dans un délai d'un mois, ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de représenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

a) La consultation au siège social

À compter du jour de la convocation à la tenue de l'assemblée générale de la filiale, tout associé est en mesure de consulter à tout moment les documents suivants :

- les comptes annuels,
- les rapports du conseil d'administration ou de surveillance et du commissaire aux comptes,
- les projets de résolutions,
- les notices relatives aux candidats aux fonctions d'administrateur,
- la liste des actionnaires (C. com. art. L 225-116).

Les actionnaires minoritaires de la filiale peuvent obtenir une copie de tous les documents consultés, et demander des renseignements sur certains autres objets tels que le montant global des rémunérations versées aux 5 ou 10 personnes les mieux rémunérées, la liste des actions de parrainage et de mécénat et le montant des sommes versées à ce titre. À défaut d'obtenir ces documents ou informations, les actionnaires peuvent solliciter en référé une mesure d'injonction sous astreinte ou la nomination d'un mandataire chargé de procéder à la communication (C. com. art. L. 225-121), sans préjudice d'autres mesures telles que l'ajournement judiciaire de l'assemblée, ou l'octroi de dommages-et-intérêts.

b) La réception de documents

192. Les associés minoritaires de la filiale reçoivent à domicile divers documents, soit qu'ils en aient fait la demande, soit que la société adresse des formules de participation ou de vote par correspondance, auquel cas cet envoi s'accompagne des informations adéquates. Parmi les documents expédiés, figurent, dans le cas d'une assemblée annuelle, les documents consultables sur place, à l'exception de l'inventaire et de la liste des actionnaires, en raison de leur caractère généralement volumineux.

c) Les questions écrites

193. Ce droit une fois invoqué, jusqu'au quatrième jour ouvré précédant la date de l'assemblée, l'associé de la filiale peut poser aux dirigeants des questions écrites en rapport avec l'ordre du jour (C. com. art. L. 225-84), auxquelles ces derniers devront répondre au cours des débats (C. com. art. L. 225-108, al. 3). Les réponses doivent être portées au procès-verbal de l'assemblée. À ce droit s'ajoute celui de poser des questions orales en cours d'assemblée. En outre, selon l'article L. 225-232 du Code de commerce français, tout actionnaire représentant 5% du capital social, ou toute association remplissant les

conditions de l'article L. 225-120 du même Code, dispose du droit de poser par écrit, deux fois au plus par exercice, des questions au président du conseil d'administration sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

En substance, le droit à l'information constitue dès lors une garantie importante pour les associés minoritaires en général et ceux des filiales en particulier. Très souvent la société mère, disposant de la majorité des droits de vote, se fait désigner en qualité de dirigeant de sa filiale, tout en jouissant de sa position d'associé majoritaire. Au travers de ces dispositions, elle est soumise à toute obligation d'information à l'égard des associés de sa filiale. L'importance de cette procédure s'avère d'ailleurs plus forte s'agissant des dispositions relatives aux comptes consolidés que la loi lui oblige à établir et mettre à la disposition de tous les associés dans le groupe (C. com. art. L. 233-16). Au visa de ces dispositions, ces derniers peuvent en effet contrôler, non seulement les actes des dirigeants de leur société, mais encore ceux des dirigeants de sa mère, voire de toute autre société affiliée du groupe. Ces règles représentent également une garantie particulière pour l'indépendance de la société filiale face à l'immixtion intempestive de sa mère. Celle-ci ne saurait en effet agir au-delà de l'intérêt de sa filiale en raison du contrôle qu'exercent les associés minoritaires de cette dernière. Elle se voit obligée de respecter leurs droits à l'information, et ainsi la filiale garde-t-elle son autonomie.

B- Informations liées à la participation

1- Information au sein de la société prenant une participation

194. Ces mesures d'information peuvent concerner les sociétés filiales ou la société mère selon l'initiatrice de la participation. Une filiale qui procède à un investissement dans une autre société membre de son groupe ou étrangère se trouve dans l'obligation d'informer cette dernière. La société mère, qui participe ou augmente sa participation dans une filiale, doit en faire part à cette dernière.

Toutefois, comme ces mesures sont communes aux diverses sociétés commerciales⁴⁰⁷, elles s'appliquent à la fois aux sociétés de capitaux comme à celles de personnes, ainsi qu'aux sociétés cotées comme à celles non cotées. Il s'agit pour certaines mesures de participations significatives et pour d'autres de l'activité et des résultats de la filiale.

a) Mesures d'information relatives aux participations significatives

⁴⁰⁷ Elles font partie du troisième titre du deuxième livre du Code de Commerce français, relatif aux sociétés commerciales, intitulé "*dispositions communes aux diverses sociétés commerciales*".

195. Selon l'article L. 233-6-1 du Code de Commerce, le rapport annuel de gestion du conseil d'administration, du directoire ou du gérant de toute société doit mentionner toute prise de participation au cours d'un exercice représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers, de la moitié ou des trois quarts du capital d'une autre société ayant son siège sur le territoire français, ainsi que toute prise de contrôle, directe ou indirecte d'une autre société. L'information en l'occurrence intervient à partir du franchissement de certains seuils. Ces éléments doivent également figurer dans le rapport du commissaire aux comptes (C. com. art. L. 233-6, al. 1). Pour établir son rapport, ce dernier peut procéder à des investigations, tant auprès de la société que des sociétés mères et filiales de cette dernière (C. com. art. L. 225-236, al. 3).

b) Information sur l'activité et les résultats des filiales et des sociétés contrôlées

196. Le rapport annuel de gestion doit rendre compte de l'activité et des résultats de l'ensemble des sociétés du groupe, c'est-à-dire, les sociétés : mère, contrôleuse, filiale, sous-filiale, contrôlée et sous-contrôlée. Cette obligation est également applicable à l'égard des filiales ou des sociétés contrôlées étrangères. Dans ce rapport, le conseil d'administration, le directoire ou le gérant (selon le cas) doit exposer de manière nette et précise, l'activité desdites sociétés, les résultats de cette activité, les progrès réalisés, les difficultés rencontrées et les perspectives d'avenir au cours de l'exercice écoulé.

c) Tableau des filiales et des prises de participation

197. Selon l'article 233-15 du Code de commerce français, le conseil d'administration, le directoire ou le gérant de toute société ayant des filiales ou des participations, annexe au bilan de la société un tableau, en vue de faire apparaître la situation de ces filiales et leurs participations. Dans le droit libyen, il existe une disposition similaire, relative aux participations en général. Il s'agit de l'article 227-10 du Code de commerce au sens duquel « le bilan social annuel doit mentionner les participations dont la société dispose dans le capital d'autres sociétés ». En dépit de l'absence d'évocation des filiales dans cet article, le sens large du terme « participations » pourrait néanmoins recouvrir ces dernières. En effet, selon l'article 221-2 du Code de commerce, une filiale est une société contrôlée par une autre, soit par la détention de celle-ci d'une partie majoritaire de son capital, soit en fonction des restrictions imposées par un contrat conclu entre les deux sociétés. Dans le premier cas, le contrôle est présumé aussitôt que la société contrôleuse dispose d'un nombre d'actions de la société contrôlée lui conférant la majorité des voix dans son

assemblée générale ordinaire. Par voie de conséquence, une société filiale doit être mentionnée au bilan annuel que l'article 213-10 précité prévoit, et dont une copie sera mise à la disposition des associés au siège social 15 jours avant la tenue de l'assemblée générale pour sa ratification (C. com. art.220-1).

2- Information au sein de la société dans laquelle est prise une participation

Certaines mesures sont applicables à toutes les sociétés filiales que ce soient de capitaux ou de personnes, cotées ou non ; d'autres sont relatives aux filiales cotées en bourse.

a) Informations applicables à toutes les sociétés

198. Au sens de l'article L. 233-13 du Code de commerce français, le rapport annuel du conseil d'administration présenté aux actionnaires des sociétés par actions ainsi que le rapport du commissaire aux comptes doivent mentionner, sur la base d'une situation arrêtée à la date de clôture de l'exercice précédent, les informations suivantes :

- l'identité des personnes physiques ou morales détenant directement ou indirectement plus du vingtième, du dixième, du cinquième, de tiers, de la moitié, ou des deux tiers du capital ou des droits de vote aux assemblées générales ;
- les modifications intervenues au cours de l'exercice ;
- le nom des sociétés contrôlées et la part du capital de la société contrôlée détenu.

Comme ce rapport doit être rendu disponible pour l'ensemble des associés, la règle peut servir à protéger les sociétés filiales et leurs associés minoritaires. D'une part, ces derniers pourront à tout moment connaître les personnes ayant des participations significatives dans leur société, et, du coup, préserver leur intérêt social contre l'ingérence de ces personnes. D'autre part, cette mesure d'information est également essentielle pour la transparence et l'autonomie de la filiale. En effet, la société mère, dont l'identité et les participations sont toujours consultables, peut être commodément assignée en raison de son ignorance de l'intérêt particulier des associés minoritaires de la filiale, ainsi que pour son inobservation de l'autonomie de celle-ci.

b) Informations applicables aux sociétés cotées

199. Ces informations sont essentiellement concentrées sur l'obligation du franchissement, pesant sur les associés dont les participations dépassent certains seuils définis par l'article L. 233-7 du Code de commerce. Cette obligation bénéficie à la fois : à

la société dont les titres sont détenus aux associés de cette société ; ainsi qu'au public. Selon ledit article, toute personne physique ou morale, venant à posséder plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers de la moitié, ou des deux tiers du capital d'une société doit informer celle-ci du nombre total d'actions qu'elle possède. La société cible doit avoir son siège sur le territoire de la République Française et ses actions doivent pouvoir être négociées sur un marché réglementé ou figurant au relevé quotidien hors cote⁴⁰⁸. En outre, sont pris en compte pour le calcul des seuils, les actions ou les droits de vote que la personne physique ou morale vient de détenir directement ou indirectement. Ce texte reconnaît encore la notion « d'action de concert » pour considérer non seulement les parts ou les droits de vote détenus par une seule personne, mais également ceux détenus par des personnes agissant avec elle d'une manière conjointe.

L'action de concert revêt dans le cadre du groupe de sociétés une importance particulière, étant présumée dans certaines occurrences en faveur de la filiale visée. D'abord cette action a été définie par l'article L. 233-10 du Code de commerce français d'une manière relativement générale. Aux termes de ce texte « sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en œuvre une politique (commune) vis-à-vis de la société ».

L'existence de l'action de concert est présumée au sens de cet article dans cinq hypothèses :

- 1° entre une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants ;
- 2° entre une société et la société qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 ;
- 3° entre des sociétés contrôlées par la (ou les) même(s) personne(s) ;
- 4° entre les associés d'une société par actions simplifiées à l'égard des sociétés qu'elle contrôle;
- 5° entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie, si ce bénéficiaire est le constituant.

Dans ces hypothèses, les seuils fixés à l'article L. 233-7, dont le franchissement doit être déclaré par la ou les personnes franchissant, ne se calculent pas d'une manière individuelle, mais conjointe. Ainsi une société filiale qui détient 4 % du capital ou des droits de vote d'une autre société peut être considérée comme franchissant le seuil du

⁴⁰⁸Pour voir la citation de ce jugement : *T. Gautier, op. cit., n°719, p.450.*

vingtième dès l'instant que sa mère ou sœur acquiert 1% du capital ou des droits de vote de cette société. Les deux sociétés auront alors l'obligation de déclarer leur franchissement au visa de cet article. De même, une société mère détentrice du tiers des droits de vote dans sa filiale sera considérée comme franchissant le seuil des deux tiers lorsqu'une autre de ses filiales possède le deuxième tiers dans cette dernière.

200. En définitive, cette disposition est déterminante dans le domaine de groupes, car elle débouche sur l'indépendance de la filiale et la sauvegarde de ses associés minoritaires. En effet, l'autonomie juridique d'une société ne vaut pas forcément autonomie réelle, car celle-ci est en rapport avec l'indépendance économique et financière de cette société plus qu'avec la personnalité morale. Ainsi, autant les titres sociaux sont dispersés entre de nombreux associés, autant l'autonomie juridique reflète une indépendance réelle ; et inversement dans le cas où une majorité du capital ou des droits de vote est détenue par un seul associé ou un nombre d'associés agissant en concert. Les associés minoritaires de la filiale ont assurément intérêt à maintenir l'équilibre des pouvoirs au sein de celle-ci, afin d'empêcher un éventuel verrouillage de participations par la société mère et d'autres sociétés de son groupe, lequel peut compromettre l'autonomie économique, voire juridique de cette filiale (par exemple confusion de patrimoines ou fictivité)⁴⁰⁹.

C- Information liée à la fusion

201. La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit prévoit des obligations d'informations dans le cadre de la procédure de fusion. Ces dispositions s'appliquent à la société anonyme et à celle par actions simplifiées. Au sens de l'article 64 de cette loi (devenu l'article L. 236-9-4⁴¹⁰ du Code de commerce), « sauf si les actionnaires des sociétés participant à la fusion en décident autrement », le conseil d'administration ou le directoire de ces sociétés établit un rapport écrit qui est mis à la disposition des actionnaires. Il doit informer ceux-ci, avant la date de l'assemblée générale, de toute modification importante de leur actif et de leur passif intervenue entre la date de l'établissement du projet de fusion et celle de la réunion des assemblées générales. Est également prévue l'obligation d'en aviser les conseils d'administration ou les directoires des autres sociétés participant à l'opération, afin que ces derniers en informent leurs

⁴⁰⁹ Voir dans la seconde partie, n° 455 et ss.

⁴¹⁰ Selon le premier alinéa de l'article 64 de cette loi « *Le dernier alinéa de l'article L. 236-9 du code de commerce est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés* ». L'alinéa 4 supprimé disposait que « *Le conseil d'administration ou le directoire de chacune des sociétés participant à l'opération établit un rapport écrit qui est mis à la disposition des actionnaires* ».

actionnaires. Un décret en Conseil d'Etat devra déterminer les modalités de ces informations.

202. Néanmoins, selon l'article L. 236-11 « lorsque, depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées, il n'y a lieu ni à approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés participant à l'opération, ni à l'établissement des rapports mentionnés au quatrième alinéa de l'article L. 236-9 et à l'article L. 236-10. L'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante statue au vu du rapport d'un commissaire aux apports, conformément aux dispositions de l'article L. 225-147 ».

Cette disposition ne pose aucun problème de protection des associés minoritaires s'agissant de la société absorbée, dont le capital est détenu en totalité par la société absorbante. Il n'y a pas lieu en effet d'évoquer le dépôt de projet de fusion ou l'approbation de ce projet. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une société absorbante regroupant un ou plusieurs associés minoritaires, le deuxième alinéa de l'article L. 236-11 confère à ces derniers le droit de demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer une assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion. Cet alinéa exige néanmoins que le ou les associés minoritaires réunissent au moins 5% du capital social.

IV- Droit de participer aux décisions collectives

Par principe, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Exceptionnellement, les dispositions statutaires peuvent déroger à ce principe général dans les cas prévus par la loi. Il importe à ce titre d'approcher en préalable le principe général, et de citer ensuite les exceptions.

A- Le principe général

203. Le droit de participer aux décisions collectives est expressément prévu comme un principe général en droit français. Selon le premier alinéa de l'article 1844 du Code civil (issu de la loi du 4 janvier 1978) : « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Sur le plan de la jurisprudence, ce principe général a été affirmé clairement par la chambre civile de la Cour de cassation depuis son arrêt du 7 avril 1932 selon lequel

« le droit de vote aux assemblées générales est l'un des attributs essentiels de l'action⁴¹¹ ». Dans l'arrêt *Château d'Yquem* du 9 février 1999⁴¹², les statuts d'une société avaient étendu la privation du droit de vote à des personnes non visées par la loi. En l'espèce, l'article 258 de la loi du 24 juillet 1966 (devenu l'article L. 226-10) interdisait au gérant de SCA de voter lors de l'assemblée qui se prononce sur le sort d'une convention réglementée, mais les statuts excluaient également son conjoint, ses descendants et ascendants. La Cour de cassation rappelle le caractère d'ordre public du droit de vote et du premier alinéa de l'article 1844 du Code civil⁴¹³. En 2007, le même texte est appliqué à une SAS : « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et (...) les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi ⁴¹⁴ ».

204. Concernant le droit libyen, il n'existe pas de disposition générale qui proclame clairement ce principe général. Certains textes du Code de commerce prévoient d'une manière ponctuelle qu'un associé ne peut être privé de son droit de participer aux décisions collectives. Ainsi, selon l'article 153 «l'assemblée générale de la SA se compose de l'ensemble des associés ; tout associé a le droit de s'y présenter et de participer à ses décisions». De même, l'article 284 prévoit que «la SARL dispose d'une assemblée générale composée de tous les associés. Les dirigeants doivent convoquer les associés dans les huit jours précédant la tenue de l'assemblée». De plus, l'article 329 relatif à la société d'investissement immobilier dispose que «les associés constituent une assemblée générale considérée comme l'autorité supérieure dans la société, qui exerce les compétences prévues à ce droit et aux statuts». Concernant la SNC, l'article 56 prévoit que «tout associé agissant au nom de la société est présumé ayant droit de la représenter. Les conventions entre associés conférant ce droit à certains d'entre eux en éliminant d'autres, sont inopposables aux tiers». Cette disposition sous-entend que tout associé dispose du droit d'engager la société, ce qui vaut en fait droit de participation aux décisions collectives.

205. En revanche, l'article 85 relatif à la SCS, interdisant aux associés commanditaires de participer à la gestion sociale ou d'agir au nom de la société sans mandat particulier à chaque acte conclu, prévoit que l'associé violant est « solidairement responsable avec la société à l'égard des tiers, de même qu'il est révocable ».

⁴¹¹ Dans le même sens, *Cass. req.*, 23 juin 1941, *Rev. soc.* 2000, p. 12. – Houin et Bouloc, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, 2e éd. 1976, n° 64).

⁴¹² *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 566, note Daigre : *JCP E* 1999, p. 724, note Guyon.

⁴¹³ (*Rapp. C. cass.* 1999, p. 368).

⁴¹⁴ *Cass. com.* 23 oct. 2007 : *Rev sociétés* 2007, p. 814, note P. Le Cannu ; *JCP E* 2007, 2433, note A. Viandier.

Toutefois, en l'application de ces dispositions aux groupes de sociétés, on constate que les associés minoritaires des filiales n'ont pas à être privés de leur droit de participer aux décisions collectives des assemblées générales de celles-ci. A défaut, ils peuvent agir en nullité contre l'acte de leur exclusion ainsi que retenir la responsabilité de la société mère initiatrice de cet acte.

B- Les exceptions (dissociation entre droit de vote et droit de participation)

Le principe général établit donc un droit de participation aux décisions collectives. La question se pose ici de savoir si ce droit implique nécessairement un droit de vote. La réponse nous amène à aborder deux points : la suppression et la limitation du droit de vote.

1- La suppression du droit de vote

206. La suppression du droit de vote pourrait se justifier par deux motifs. D'une part, les associés minoritaires, apportant leurs ressources à la firme en attendant leur rémunération sous forme de dividendes ou de plus-values, se voient souvent plus intéressés par ces droits financiers que par leurs droits politiques⁴¹⁵. Cette réalité s'avère aiguë au sein du groupe de sociétés, où la stratégie commune, exécutée par les sociétés filiales ne se définit pas d'une manière individuelle, mais collective pour servir l'entreprise commune du groupe. Les associés minoritaires dans ces filiales se rendent compte de cette réalité et n'hésitent ainsi pas à confier la gérance de leurs participations à la société mère. D'autre part, comme ces minoritaires sont susceptibles de constituer un obstacle à l'intégrité de l'entreprise du groupe, il est intéressant pour la société mère de les priver de leurs droits de vote, tout en bénéficiant de leur participation à l'investissement des filiales. Les moyens pertinents pour parvenir à cet objectif sont soit la création de titres sans droit de vote, soit la stipulation statutaire ou conventionnelle de cette privation. Il est dès lors nécessaire de se demander si la loi encourage la société mère à aboutir dans cette voie.

D'après les droits français et libyen, on constate qu'il y a certaines règles permettant la participation capitalistique sans droit de vote. Il s'agit pour elles aussi bien d'actions d'usufruit que d'actions de propriété.

a) Les actions d'usufruit

207. Les opérations de démembrement de propriété des droits sociaux (parts sociales

⁴¹⁵ C. Danglehant, *Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe de l'équité*, Rev. soc. 1996, p. 217.

et actions) ont pour effet de dissocier les prérogatives attachées aux titres sociaux pour les attribuer à des personnes distinctes, à savoir les nus-propriétaires et les usufruitiers. Selon l'alinéa 3 de l'article 1844 du Code civil français, applicable par principe à toutes les sociétés (y compris la SARL), « si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Les statuts peuvent déroger à cette disposition ». Le principe général qu'établit cette disposition est que le nu-propriétaire détient le droit de vote à toutes les décisions, autres celles afférentes aux bénéfices, réservées à l'usufruitier. Cet article permet, à titre exceptionnel, aux statuts de prévoir une clause différente. Or, même dans cette hypothèse, il n'est pas admissible que le nu-propriétaire soit démuné de sa qualité d'associé.

208. Dans l'affaire *Gaste* de 1994, la Cour de cassation⁴¹⁶ a distingué entre le droit de vote dont le nu-propriétaire peut être privé en faveur de l'usufruitier, et le droit de participer aux décisions collectives dont il n'a pas à être démuné. Elle a affirmé en ce sens que « l'alinéa 3 de l'article 1844 attribue en principe le droit de vote au nu-propriétaire, sauf en ce qui concerne l'affectation des bénéfices où ce droit revient à l'usufruitier ». En l'espèce, les statuts prévoient que le droit de vote appartient à l'usufruitier dans toutes les assemblées. La Cour de cassation ne critique pas cet aménagement statutaire mais précise que l'alinéa 1^{er} du texte ne peut faire l'objet d'une dérogation⁴¹⁷. Elle ajoute en ce sens « qu'aucune dérogation n'est prévue concernant le droit des associés et donc du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives ». Autrement dit, la Cour de cassation opère en la matière une distinction entre la participation à la décision, attribut essentiel et intangible, et le droit de vote qui peut être aménagé ou supprimé. Elle en déduit que les statuts peuvent prévoir, en cas de démembrement de propriété des actions, que le droit de vote appartient toujours à l'usufruitier, du moment que le nu-propriétaire participe à la décision collective⁴¹⁸.

209. De même, en octobre 2003⁴¹⁹, la même Cour condamne une clause statutaire prévoyant que les parts d'une SARL soient indivisibles à l'égard de la société qui ne reconnaît qu'un seul propriétaire pour chacune d'elles et qu'en cas de démembrement, les

⁴¹⁶ Cass. com. 4 janv. 1994, *Rev. soc.* 1994, p. 278, note *Lecène-Marénaud* ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 249, note *Daigre*).

⁴¹⁷ Au visa de cet alinéa « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ».

⁴¹⁸ Voir en ce sens *L. Godon, Un associé insolite : le nu-propriétaire de droits sociaux, Rev. soc.* 2010 p.143.

⁴¹⁹ *Cour administrative d'appel de Paris, 2^{ème} ch. 15 oct. 2003, n° 01PA01423.*

parts seront valablement représentées par l'usufruitier. Elle déclare ainsi qu'une telle clause ne peut être regardée comme déniait au nu-propiétaire la qualité d'associé et que « les statuts ne peuvent refuser au nu-propiétaire tout droit de participer aux décisions collectives ».

Encore plus récemment, la Cour de cassation s'est prononcée sur une clause statutaire d'une SC stipulant que « le droit de vote appartenait à l'usufruitier pour les décisions ordinaires et extraordinaires » et précisant que « dans tous les cas les nus-propiétaires étaient obligatoirement convoqués aux assemblées générales ». Par décision prise en assemblée générale extraordinaire les associés usufruitiers ont approuvé un projet de fusion ayant pour objet l'absorption de cette société par la société civile holding. Un associé nu-propiétaire, soutenant que la stipulation statutaire réservant le droit de vote à l'usufruitier était illicite, a demandé l'annulation des délibérations prises lors de l'assemblée. La Cour de cassation, reprochant à la Cour d'appel d'avoir déclaré l'illicéité de cette clause, énonça que « les statuts peuvent déroger à la règle selon laquelle, si une part est grevée d'usufruit, le droit de vote appartient au nu-propiétaire, dès lors qu'ils ne dérogent pas au droit du nu-propiétaire de participer aux décisions collectives⁴²⁰ ».

La décision est donc en harmonie avec le principe posé par les deux précédents arrêts : la privation du nu-propiétaire de droit de vote ne peut signifier pour lui interdiction de participer aux décisions collectives. L'usufruitier, investi de l'ensemble des droits de vote, doit veiller à ne pas abuser des prérogatives qui lui sont confiées.

210. Par ailleurs, s'agissant des sociétés par actions autres que les SAS, il semble que le législateur confère plus de prérogatives à l'usufruitier. En effet, l'article 225-110 alinéa 1 du Code de commerce, relatif à la SA et applicable sous renvoi à la SCA, prescrit que « le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propiétaire dans les assemblées générales extraordinaires ». Il s'ensuit que l'usufruitier dans une société anonyme dispose d'attributions plus étendues que celles dont jouit un usufruitier dans une autre société⁴²¹. Comme on le sait, les prérogatives de l'assemblée générale ordinaire ne se restreignent pas aux décisions relatives aux bénéfices, mais également à d'autres actes de nature variée, tels que la nomination des organes sociaux, la ratification du bilan annuel, l'approbation des conventions réglementées.

⁴²⁰ Cass. com. N° 08-13.185, 2 déc. 2008. Voir aussi cass. com. 03-17.421 - 22 févr. 2005 ; CA Bordeaux, ch. civ. 01 SECT. A - 09/07246 - 27 févr. 2012.

⁴²¹ Voir M. Germain et J-P Legros, *Travaux dirigés de droit des sociétés*, Litec, 7e éd., n°9, p. 102.

Du reste, selon le quatrième alinéa de cet article, les statuts peuvent déroger aux dispositions du premier alinéa. Cette autorisation a été à l'origine d'une jurisprudence variée. Dans une décision rendue le 31 mars 2004, la Cour de cassation⁴²² vient préciser les conditions dans lesquelles les statuts peuvent déroger aux règles relatives au droit de vote en cas de démembrement de propriété. En l'espèce, les statuts d'une SCA prévoyaient que le droit de vote aux assemblées tant ordinaires qu'extraordinaires ou spéciales appartenait au nu-propriétaire. Un groupe d'actionnaires faisait valoir que cette stipulation avait pour effet de priver les usufruitiers de tout droit de vote. L'annulation de cette clause avait donc été demandée. La Cour d'appel accueille cette demande. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé, et confirme la décision de la Cour d'appel se prononçant en faveur de l'usufruitier⁴²³. Selon cette jurisprudence, on ne peut pas priver complètement l'usufruitier de son droit de vote.

b) Les actions de propriété

211. Les associés minoritaires de la filiale sont souvent mal accueillis dans l'assemblée générale, comme si leur participation faible ne les autorisait pas à émettre une opinion. Pour ne pas permettre à une minorité de blocage de freiner la stratégie définie pour le groupe, la société mère fondatrice et associée majoritaire, trouve assurément un intérêt certain à l'insertion dans les statuts de sa filiale d'une clause interdisant aux associés non titulaires d'un nombre déterminé d'actions de faire partie de l'assemblée générale. La clause protège cette société, lorsqu'elle dispose d'un poste d'administrateur ou de gérant, des questions indésirables qu'un « petit actionnaire mal informé » pourrait poser⁴²⁴. La question qui vient à l'esprit dans ce cas est celle de la légitimité de telles clauses statutaires.

La réponse semble en principe fournie par l'article 1844 du Code civil qui confère à tout associé le droit de participer aux décisions collectives. Selon la Cour de cassation, cette disposition relève de l'ordre public lorsqu'il s'agit d'une SCA. Dans un arrêt, elle a indiqué qu'au visa de l'article 1844 « tout associé, excepté dans les cas où la loi en dispose autrement, a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne

⁴²² Cass. 23 mars 2004, n° 03-16.694. : Bull. civ. 2004 IV n°70 p.71.

⁴²³ Elle déclare dans ce sens que « justifie légalement sa décision d'annuler la clause statutaire selon laquelle, en cas de démembrement de la propriété d'une action, le droit de vote aux assemblées tant ordinaires qu'extraordinaires ou spéciales appartient au nu-propriétaire, la Cour d'appel qui retient qu'en permettant pas à l'usufruitier de voter les décisions concernant les bénéfices, cette clause subordonne à la seule volonté des nus-propriétaires le droit d'user de la chose grevée d'usufruit et d'en percevoir les fruits, alors que l'article 578 du Code civil attache à l'usufruit ces prérogatives essentielles ».

⁴²⁴ Voir encore D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, op. cit., n°126, p.87.

peuvent déroger à ces dispositions. Violent ce texte la Cour d'appel qui fait application de statuts qui instituaient pour certains associés, une suppression du droit de vote non prévue par la loi⁴²⁵». À notre avis, les motifs de cet arrêt conviennent tout à fait pour les SA⁴²⁶ et SARL faute d'un texte dérogatoire à l'article 1844 C. civ.

Concernant la SAS, il existe en droit français une disposition dérogatoire, l'article L. 227-16 du Code de commerce relatif à la cession de titres forcée tant que l'associé ne l'a pas réalisée, qui prévoit la possibilité de supprimer les droits non pécuniaires au vu d'une clause statutaire⁴²⁷. Aux termes de cet article, « dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Ils peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession ».

212. La question se pose en la matière de savoir si cette disposition constitue ou non une dérogation à l'article 1844 du Code civil. Le texte répond partiellement en affirmant qu'il revient aux statuts de prévoir les conditions dans lesquelles un associé peut être tenu de céder ses actions. Mais on peut encore s'interroger sur les limites de ce pouvoir : jusqu'où aller dans le sens de la liberté ?

Selon certains auteurs, le droit de vote peut être encore supprimé au détriment d'un associé s'opposant à la cession de ses actions. Selon *Le Cannu et Dondero*, « les droits qui peuvent être suspendus sont seulement les droits non pécuniaires. Il est donc possible de retirer le droit de vote et le droit de diriger dans certaines hypothèses fixées dans les statuts⁴²⁸ ». La Cour de cassation ne semble pas se ranger à cette opinion. Dans un arrêt rendu en octobre 2007, elle a reproché à la Cour d'appel de Douai⁴²⁹ d'avoir admis la validité de la clause statutaire supprimant le droit de vote de l'actionnaire majoritaire dans la délibération sur son exclusion⁴³⁰. Elle a montré les limites de la liberté statutaire au sein

⁴²⁵ Cass. com. 9 févr. 1999, n° 96-17. 661.

⁴²⁶ Voir encore Cass. civ., 07 avr. 1932 : « sont nulles, comme entraînant suppression du droit de vote, les dispositions d'un article des statuts d'une société anonyme qui excluent du droit de vote aux assemblées générales les cessionnaires d'actions nominatives, ou au porteur auxquels le conseil d'administration n'a pas reconnu le droit de suffrage, encore que ces cessionnaires soient investis, par le seul offre de transfert ou de la tradition, des droits pécuniaires attachés à leurs titres ».

⁴²⁷ Cet article expose que « dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Ils peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession ».

⁴²⁸ P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., n 1041, p. 688.

⁴²⁹ CA Douai 16 mars 2006.

⁴³⁰ Il s'agit dans cette affaire d'une SAS dénommée "Arts et entreprise" qui avait été constituée entre deux époux et une autre personne, laquelle détenait près des deux tiers des actions composant le capital social. Les deux époux, se fondant sur une clause des statuts décident l'exclusion de l'associé majoritaire. Mais ils

de la SAS en déclarant qu'il « résulte de l'article 1844 du code civil que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi ; si, aux termes de l'article L. 227-16, les statuts d'une société par actions simplifiées peuvent, dans les conditions qu'ils déterminent, prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions, ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de voter sur la proposition⁴³¹ ».

Dans cette espèce, la Cour de Cassation s'emploie donc à réaffirmer la prééminence du droit commun des sociétés qui, en l'espèce, « formule une règle d'ordre public, sans altérer la spécificité de la SAS qui repose sur la liberté contractuelle⁴³² ». Selon le raisonnement de sa décision, les statuts peuvent prévoir que l'associé peut être obligé de céder ses actions, mais sans pour autant que celui-ci soit dépourvu de son droit de vote. Bien qu'il soit en conformité avec les principes généraux selon lesquels tout associé peut conserver cette qualité et un propriétaire ne peut être privé de sa propriété de manière arbitraire et sans fondement légal, cet arrêt a fait l'objet de plusieurs commentaires. Certains auteurs doutent fortement de la possibilité pour les statuts de créer une exclusion de vote à l'égard de l'associé intéressé. Ainsi, selon *L. Grosclaude*, cette décision est contestable essentiellement car elle met en cause le principe entendu suivant lequel le droit de vote doit s'effacer devant le conflit d'intérêt⁴³³. S'inspirant de la même doctrine, *H. Azarian*⁴³⁴ a écrit : « dès lors que les statuts d'une SAS soumettent l'exclusion à une décision collective des associés, l'associé menacé par une telle mesure ne saurait être privé de son droit fondamental de prendre part à cette décision et de voter sur sa propre exclusion ».

n'appellent pas cet associé à voter sur sa propre éviction. L'exclu soutient que la clause porte atteinte au droit de vote reconnu à tout associé, et il demande au tribunal d'annuler la décision dont il est victime. Voir le commentaire de cette décision, *P. Le Cannu, Sociétés par actions simplifiées, l'article 1844 du code civil et l'exclusion d'un associé de SAS, note sous Cour de cassation (com.) 23 oct. 2007, rev. soc. 2007, pp.814 et ss.*

⁴³¹ Cass. com., 23 oct 2007, n° 06-16.537, *D'Hem c/ Lacquay*, FS-P+B+R+I : Bull. civ. 2007, IV, n° 225, p 259 : *JurisData* n° 2007-041010 ; Dr. sociétés 2007, comm. n° 116, obs. *H. Hovasse* ; D 2007, p 2726, obs. *A. Lienhard*, JCP N 2007, 1324 ; note *S. Reifegerste* ; Rev. Lamy Droit des Affaires, janv. 2008, n° 1369, p 8 s ; Rev sociétés 2007, p 814, note *P. Le Cannu* ; JCP E 2007, 2433, note *A. Viandier* ; JCP G 2007, II, 10197, note *D. Bureau* : LPA, n° 16, 22 janv. 2008, note *A. Albortchire* ; Déf. 2008, art. 38738, p 674, note *D. Giribila* ; Bull. Joly 2008, [§ 23], p 101, obs. *D. Schmidt* : Déf. 2008, art. 38804, p 1481, note *B. Thullier*.

⁴³² *H. Hovasse, Droit de vote et liberté statutaire dans la SAS, Droit des sociétés* n° 12, Décembre 2007, comm. 219.

⁴³³ *L. Grosclaude, Droit des sociétés, DUNOD, Paris, 2009, p.234.*

⁴³⁴ *H. Azarian, Société par actions simplifiées, création et statut des associés, JurisClasseur Commercial, Cote 5, 2012, n°128 et ss.*

113. D'autres auteurs, plus nombreux, tendent à admettre la faculté pour les statuts de suspendre le droit de vote de l'associé visé par la mesure d'exclusion. Selon *H. Hovasse*⁴³⁵, il faut permettre aux statuts de retirer son droit de vote à l'associé exposé à l'exclusion lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective. En effet, tant que le pouvoir d'exclure l'associé peut être attribué à un quelconque organe de la société, il faut *a fortiori* admettre que l'associé exclu peut être tenu à l'écart de la décision qui l'atteint. *P. Le Cannu* estime que la décision de la Cour de cassation est au-dessus de toute critique pour deux principales raisons : d'une part, le droit individuel de chaque associé de participer à la décision collective implique nécessairement que cette décision doive être prise par tous les associés sauf exclusion légale. D'autre part, l'exclusion d'associé peut être vue comme une sanction qui porte une atteinte exceptionnelle au principe selon lequel tout associé peut conserver cette qualité, et au principe selon lequel un propriétaire ne peut être privé de sa propriété de manière arbitraire et sans fondement légal⁴³⁶.

214. En outre, en vertu de l'article L. 227-17 du Code de commerce, « les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L. 233-3 doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiée. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure. Les dispositions de l'alinéa précédent peuvent s'appliquer, dans les mêmes conditions, à l'associé qui a acquis cette qualité à la suite d'une opération de fusion, de scission ou de dissolution ». En l'application de cet article, la Cour d'appel de Grenoble⁴³⁷ s'est déclarée récemment défavorable à la privation du droit de vote. Il s'agit dans cette affaire d'une clause statutaire d'une SAS qui prévoyait « qu'en cas de changement de contrôle au sens de l'article L.233 3 du code de commerce, la société associée est tenue dès cette modification d'en informer la société au moyen d'une lettre recommandée avec avis de réception indiquant notamment l'identité ou la désignation complète de la ou des personnes bénéficiaires ainsi que la quotité du capital et des droits de vote acquis par elles » que « dès cette notification, le président provoque une décision collective des associés en vue de décider s'il y a lieu de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de la société concernée et de l'exclure », que « cette décision est prise par les associés à l'unanimité, 1832 du Code civil ne prévoit aucune dérogation législative expresse pour les SAS. Elle a affirmé que « la société par actions simplifiées, comme toute

⁴³⁵ *H. Hovasse, idem, comm. 219.*

⁴³⁶ *P. Le Cannu, op. cit., pp. 814 et ss.*

⁴³⁷ *CA de Grenoble, Ch. Com., 9 févr. 2012, n° 11/03662.*

société commerciale, obéit toutefois aux règles générales édictées par les articles 1832 et suivants du Code civil, et notamment à la règle d'ordre public de l'article 1844 alinéa premier du Code civil aux termes duquel « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Les statuts de la société ne peuvent donc pas déroger au droit fondamental reconnu par la loi à tout associé de participer par son vote aux décisions collectives ».

Bien qu'elle se rende compte de la flexibilité des règles particulières à la SAS, la Cour de Grenoble se montre hostile à la privation de l'associé de son droit de vote. Elle estime ainsi que « s'il est incontestable que la société par actions simplifiées est marquée par un fort *intuitus personae*, ce caractère ne saurait en outre permettre, en l'absence d'autorisation explicite de la loi qu'il soit conventionnellement porté atteinte à la prérogative essentielle d'un associé de participer aux décisions, dont la loi, ou les statuts comme en l'espèce, prévoient qu'elles doivent être prises collectivement ». En d'autres termes, la Cour d'appel a suivi dans son interprétation de l'article 227-17 le même commentaire de la Cour de cassation pour l'article 227-16, en affirmant que ce texte n'autorise pas les statuts à priver un associé de son droit de vote en application de l'article 1844 du Code civil applicable aux SAS.

215. On peut enfin se demander si la suppression du droit de vote peut être décidée par un acte extrastatutaire, une convention de vote. Nous avons constaté dans le chapitre préliminaire⁴³⁸ que le droit de vote peut être détaché du capital social par la technique des conventions de vote. L'associé confère par ce moyen ses droits de vote à une autre personne actionnaire ou étrangère. Ces actes peuvent relever de toutes les décisions collectives ou se limiter aux plus importantes, telles celles qui concernent le choix des dirigeants, l'agrément de nouveaux associés, la politique d'investissement, l'affectation des résultats⁴³⁹.

Les conventions de vote ont été acceptées par la jurisprudence sous réserve qu'elles n'aient pas pour conséquence de priver définitivement l'associé de son droit de vote. Leur légitimité est conditionnée par le fait qu'elles soient données à titre à titre ponctuel ou à titre de mandat⁴⁴⁰. En effet, les conventions données à titre permanent, portant atteinte au

⁴³⁸ Voir supra n° 38 et s.

⁴³⁹ Voir A. Charveriat et alter, *Groupe de sociétés*, op. cit., n°2852, p. 332.

⁴⁴⁰ Cette condition est imposée par le droit commun des contrats exigeant que le contrat soit conclu pour une durée déterminée. Voir F. Pasqualini, *Les conventions extra-statutaires, outils de modulation de la rémunération des associés*, Rev. soc. 2010 p.79.

droit de vote, sont qualifiées d'abus de vote et sanctionnées d'une peine d'emprisonnement et d'une amende de 9000 euros (C. com. art. L. 242-9,3°) de même que déclarées nulles.

De plus, les conventions de vote, encore que privant l'associé de son droit de vote, ne peuvent le démunir de son droit de participer aux décisions collectives s'exerçant par sa part dans les délibérations des assemblées générales. En ce sens *A. Charveriat*⁴⁴¹ et alter écrivent que « même si ces conventions ont longtemps fait l'objet de critiques au motif que le droit de vote doit être exercé librement et qu'aucune entrave ne doit être apportée statutairement ou contractuellement à ce libre exercice, l'examen de la jurisprudence montre que ce principe n'est pas absolu et que les tribunaux ne prononcent la nullité des conventions de vote que dans le cas où, par son engagement, l'actionnaire s'est dépouillé intégralement de son droit ». De même, les conventions de vote sont considérées comme illicites si elles ont pour seule contrepartie, le versement d'une rétribution sous quelque forme que ce soit. Un tel engagement sera contraire à l'ordre public⁴⁴².

216. S'agissant du droit libyen, il n'existe aucune règle interdisant de telles conventions. Bien au contraire, l'article 158 du Code de commerce (relatif à la SA, SCA et SARL) prévoit expressément que «les associés peuvent se faire représenter à l'assemblée générale par un mandataire, sauf clause statutaire contraire. Le mandat de représentation ne peut être confié aux membres du conseil d'administration ou au directeur général ».

c- La suppression du droit de vote lors d'une opération de fusion

217. La suppression du droit de vote relève le cas échéant de la fusion dite « simplifiée », c'est-à-dire dans l'hypothèse où la société mère absorbante détient 90% de sa filiale absorbée. La procédure de fusion simplifiée consiste le cas échéant en l'absence d'intervention de l'assemblée générale de la société absorbante et l'absence d'émission des rapports du commissaire à la fusion et des organes d'administration. Selon l'article L. 236-11-1 du Code de commerce (issu de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011), cette procédure a vocation à s'appliquer « lorsque, depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante détient en permanence au moins 90 % des droits de vote des sociétés absorbées, sans en détenir la totalité ». Cette réforme n'exonère en revanche pas l'opération de fusion simplifiée d'une filiale à 90 % de l'intervention de l'assemblée générale de la société absorbée. Les associés

⁴⁴¹ *A. Charveriat et alter, idem, n° 2852 et ss. p. 332.*

⁴⁴² *A. Charveriant et alter, ibidem*

minoritaires de celle-ci trouvent ainsi vocation à discuter et participer au vote du projet de cette fusion, de même qu'ils disposent du droit de faire racheter leurs actions à leur juste prix, préalablement à la fusion (nouvel article L. 236-11-1 du Code de commerce).

Dans cette dernière hypothèse, la valeur des actions des actionnaires minoritaires de la société absorbée est déterminée, selon le cas :

- si les actions de la société absorbée ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé et en cas de contestation, la valeur des actions est déterminée par un expert désigné en justice, dans les conditions prévues par l'article 1843-4 du Code civil ;
- si les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un marché réglementé, dans le cadre d'une offre publique, dans les conditions et selon les modalités fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers ;
- si les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations, dans le cadre d'une des deux offres figurant ci-dessus.

218. La nouvelle procédure de fusions simplifiées relative aux filiales à 90 % ne s'applique qu'aux fusions entre sociétés par actions, en l'absence de renvoi à l'article L. 236-11-1 du Code de commerce par les articles L. 632-2 et L. 236-23 du Code de commerce.

Par ailleurs, concernant la protection des créanciers minoritaires de la société mère absorbante à 90%, dont l'opération de fusion se réalise sans l'intervention de l'assemblée générale, l'article L. 236-11 du Code de commerce – ajouté par le nouveau dispositif – prévoit qu'un ou plusieurs d'entre eux réunissant au moins 5 % du capital social peut demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion.

2- La limitation du droit de vote

219. Les conventions de vote peuvent avoir des effets limitatifs de l'exercice du droit de vote dans les assemblées générales de la société. L'associé en l'occurrence ne cède pas son droit de vote à un coassocié ou à un tiers qui l'exerce en son lieu et place mais dirige ses votes dans un sens précis défini par la convention. À titre d'exemple, un acte préalable

à la tenue de l'assemblée générale d'une filiale, déterminant l'attitude des associés minoritaires vers la résolution à voter, ou modifiant la modalité de la prise de décision dans cette assemblée : voter la résolution par une majorité absolue au lieu d'une majorité qualifiée, ou par une majorité personnelle au lieu d'une majorité du capital. Parfois, l'associé minoritaire de la filiale s'engage envers la société mère (son coassocié majoritaire) à ne pas prendre certaines initiatives avant d'avoir l'avis favorable de cette dernière, ou de ne pas exercer son droit de vote ou son droit double durant une période donnée.

Il est question en l'état de savoir si de tels actes limitatifs du droit de vote produisent leurs effets à l'égard des personnes contractantes et de la société.

Selon la doctrine, ces conventions de vote doivent être tenues pour licites dès lors que leur application ne s'assimile pas à un abus de droit de vote⁴⁴³, ou ne heurte pas une règle d'ordre public⁴⁴⁴. De son côté, la jurisprudence déclare valables, les conventions qui n'aboutissent pas à un abus ou une violation d'une règle impérative, telles que celle prévoyant une répartition égalitaire des sièges d'administration dans une filiale commune à deux sociétés, ou une augmentation de capital favorable à la société. En revanche, elle condamne de nullité certains engagements, comme celui pris par un actionnaire de voter pour un candidat à un poste d'administrateur⁴⁴⁵, ou à ne pas voter certaines modifications statutaires pendant toute la durée de la société.

Sous-section II : Les droits pécuniaires

220. L'associé minoritaire de la filiale souhaite prendre sa part dans le partage des bénéfices procurés par l'activité de celle-ci. Cette vocation lui fait courir un risque social, mais lui permet aussi d'en retenir les bénéfices concrétisés en dividendes annuels. C'est-à-dire, la quote-part des bénéfices distribués chaque année par l'assemblée générale, les réserves constituées par la masse des bénéfices non distribués, et le boni de liquidation (qui n'est autre que le dernier dividende calculé au moment de la liquidation de la filiale). Faute de cette contrepartie, l'associé minoritaire peut se prévaloir de la nullité de son contrat de souscription qui pourrait entraîner la nullité du contrat de la société lui-même⁴⁴⁶. La société filiale ne pourrait donc selon cette logique survivre sans respecter ces droits. Ce sont les

⁴⁴³ A. Charveriat et A. Couret, *op. cit.*, n° 18654 p. 1024.

⁴⁴⁴ Voir dans le même sens, Hemard, *Terre et Mabilat, sociétés commerciales. T. II*, n°220.

⁴⁴⁵ Cass. Com., 14 mars 1950. s. 1950.1. 147, JCP 1950. 2. 5694, note Bastian ; Douai, 24 mai 1962, D. 1962, 688. note Dalsace, JCP 1962. 2. 1271.

⁴⁴⁶ Voir D. Schmidt, *thèse précitée*, n°53, p.37 : « la nullité du contrat de souscription entraîne en principe la nullité du contrat de société ».

véritables droits de l'associé minoritaire vis-à-vis du groupement majoritaire, concrétisé en matière de groupes dans la société mère. Cette sanction, lourde et défavorable à la sauvegarde de la vie sociale, reflète un principe général que les fondateurs et les associés majoritaires doivent respecter. Mais il existe néanmoins certaines exceptions qui méritent d'être abordées.

I- Le principe général

221. La nullité du contrat social, issue de la privation de bénéfice ou l'exonération de pertes, est prévue en droit libyen à l'article 566 du Code civil qui dispose : « s'il est prévu dans le contrat de la société qu'un associé ne participe pas aux bénéfices ou pertes, ce contrat est réputé nul ». Ce texte, applicable à toutes les sociétés, se justifie selon certains auteurs⁴⁴⁷ par le fait qu'une telle clause léonine est de nature à détruire le contrat de société en son essence. Elle constitue une rupture grave du principe d'égalité entre associés, qui doit gouverner les rapports sociaux.

En revanche, cette lourde sanction n'existe pas en droit français qui traite différemment la clause léonine. Selon l'article 1844-1 du Code Civil « la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonération de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ». Ce texte ne sanctionne pas par la nullité la société dont les statuts prévoient une clause léonine. Celle-ci est considérée comme inexistante⁴⁴⁸. Par ailleurs, l'interdiction des clauses léonines, qui résulte des dispositions précitées, ne concerne que les stipulations statutaires ou conventionnelles inhérentes à la suppression totale de la participation de l'associé aux bénéfices et pertes sociaux. Lorsqu'il s'agit cependant d'une seule réduction de cette participation, on constate que les droits français et libyen permettent d'effectuer certains aménagements. Ainsi en droit libyen, le principe général établi par l'article 505 du Code civil⁴⁴⁹ édicte que la participation des associés aux dettes et bénéfices sociaux est définie par les statuts, sinon fixée en proportion de leur participation au capital. De plus, comme le droit libyen reconnaît l'apport en œuvre⁴⁵⁰, l'article 506-2 du même Code permet aux associés, dont la part se limite à leur

⁴⁴⁷ Voir M. Madi et F. Azahawi, *Les sociétés commerciales en droit libyen*, 1^{ère} éd. 1997., n°31, p. 42.

⁴⁴⁸ Y. Guyon, *op. cit.*, n°88, p. 153.

⁴⁴⁹ Cet article prévoit que « Si le contrat de la société ne définit pas la participation de chaque associé aux bénéfices et pertes, la quote-part de tout associé sera calculée proportionnellement à sa participation au capital »

⁴⁵⁰ Cette forme d'apport est connue en droit français sous le nom « d'apport en industrie ».

travail non rémunéré, d'être exonérés de tout concours aux pertes⁴⁵¹.

222. Ce principe est également prononcé en droit français à l'article 1844-1 al. 2, qui annule uniquement « la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonération de la totalité des pertes ». Lorsqu'il s'agit cependant de clauses statutaires ou conventionnelles plus modérées, les associés pourront l'aménager en se partageant librement les bénéfices et les pertes. De ce fait, sont considérées comme « licites » les clauses qui ne prévoient pas la suppression totale du droit aux dividendes ou de l'obligation aux pertes, mais réduisent sensiblement leur étendue. Ainsi, selon la Cour de cassation, la prohibition est inapplicable pour certains types de conventions comme celles figurant dans un pacte d'actionnariat relatif à la transmission des droits sociaux⁴⁵²; celle prévoyant la renonciation aux dividendes d'un exercice écoulé⁴⁵³; celles consistant en promesse d'achat des actions détenues par un PDG d'une société holding, consentie à ce dernier par son coassocié; celles démunissant l'associé de sa part dans certains cas à titre de clause pénale; ou encore, celles divisant les bénéfices entre deux associés non proportionnellement à leur participation, mais à titre égal⁴⁵⁴. De même, le droit français a également autorisé l'apport en industrie dans les sociétés à responsabilité limitée⁴⁵⁵ (C. com. art. L. 223-7-2, modifié par la loi du 15 mai 2001⁴⁵⁶). Il relève des statuts de déterminer les droits pécuniaires de l'apport en industrie et de préciser si celui-ci participe ou non aux pertes sociales. Cette large liberté statutaire permet néanmoins de s'interroger sur la qualité d'associé pour l'apport en industrie⁴⁵⁷.

223. En revanche, constitue une clause léonine, toute stipulation statutaire ou conventionnelle qui attribue à un associé la totalité des bénéfices ou qui exclut totalement un associé du profit. Il en est de même pour la clause qui affranchirait un associé de toute

⁴⁵¹ Cet article édicte que « l'associé qui ne participe à la société que par son travail peut être exonéré de tout concours aux pertes, à condition qu'il ne dispose pas d'une contrepartie à ce travail ».

⁴⁵² L'importance de cette jurisprudence est significative quant à son efficacité à la protection des minoritaires. La prohibition des clauses léonines ne se limite pas aux seules conventions contenues aux statuts de la société, mais également à celles extrastatutaires. Cela s'avère en effet différer d'un ancien arrêt de cassation (Cass. civ. 7 avr. 1987) rejetant un pourvoi formé contre la décision d'une Cour d'appel qui avait débouté le demandeur de l'action en nullité d'une convention fondée sur son caractère léonin. Les juges affirment que l'application de la prohibition des clauses léonines se limite aux seules conventions contenues dans le contrat de la société. Voir dans le même sens : M. Germain, note sous Cass. civ. 7 avr. 1987 : JCP, éd. E, 1988.II.15133; D. Randoux, note sous Cass. com. 20 mai 1986 : Rev. soc. 1986, p. 592.

⁴⁵³ CA Paris, 05 oct. 1993, Bull. Joly 1993, 1231, note M. D. Schödermeier, RTD Com. 1994, p. 58.

⁴⁵⁴ En ce sens Cass. com. 17 nov. 2009, n°09-11.824.

⁴⁵⁵ Cette forme d'apport est interdite dans les sociétés par actions. Voir J-P. Legros et M. Germain, Travaux dirigés, op. cit., n° 6, p. 54.

⁴⁵⁶ Cet article édicte que « le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie ».

⁴⁵⁷ Voir J-P. Legros et M. Germain, Travaux dirigés de droit des sociétés, op. cit., n°6, p. 53 et s.

contribution aux pertes ou qui mettrait à sa charge la totalité des pertes⁴⁵⁸, ou la clause par laquelle un associé minoritaire renoncerait par avance à percevoir ses dividendes, ou celle qui contraint un gérant d'une SCI à verser à la société mère de cette dernière un dividende minimal. Il en va également, selon la Cour de cassation française, pour la décision de l'assemblée générale d'une SNC prévoyant que jusqu'à un montant fixé de chiffre d'affaires (20.000000 f), les bénéfices seront réservés à certains associés⁴⁵⁹.

Toutefois, il est fort compréhensible que ce principe général revêt en matière de groupes une importance cruciale, étant donné la tendance que manifeste la société mère à l'autofinancement de son groupe. Il arrive en effet que cette société impose à ses filiales des clauses statutaires ou des décisions par lesquelles elle s'approprie injustement leurs bénéfices afin de se sauver des difficultés financières ou de réinvestir dans de nouvelles activités. Ces actes sont entachés de nullité parce qu'ils amènent à la privation totale de dividendes des associés minoritaires des filiales. Mais lorsqu'il s'agit cependant de clauses statutaires ou conventionnelles plus tempérées, la société mère doit être plus autonome dans l'aménagement de son groupe.

II- La mise en réserve comme exception au principe général

224. «Les sociétés sont faites pour distribuer des bénéfices⁴⁶⁰ ». Cette phrase d'Y. Guyon exprime l'ambition de tout associé minoritaire ou majoritaire et répond à la volonté du législateur, manifestée à l'article 1832 du Code civil. Mais dans la réalité, les choses peuvent être quelque peu différentes. On peut constater en la matière deux stratégies pour atteindre cette ambition. Certains associés, notamment minoritaires, estiment que la distribution doit être périodiquement effectuée, souhaitant toucher au plus vite les dividendes les plus élevés. D'autres associés, *a contrario*, considèrent qu'il est plus adéquat de constituer des réserves, pour élargir l'activité sociale en implantant de nouvelles filiales ou succursales, ou pour compenser des pertes ou régler des dettes sociales. Comme

⁴⁵⁸ Voir : G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *op. cit.*, p.36 ; M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°129, p. 61. Selon ces derniers, il s'agit de « toute clause permettant à un associé de se tailler à la part du lion par allusion à la fable de La Fontaine ».

⁴⁵⁹ Cass. com. 00-17.538, 29 oct. 2003. Elle déclare dans cette affaire que « la stipulation n'attribuant à un associé qu'une fraction dérisoire des bénéfices est une clause léonine réputée non écrite ; qu'en l'espèce, la troisième résolution de l'assemblée générale du 6 mars 1989 n'a attribué aux sociétés Harpax et Arl Conseils, détentrices respectivement de 10 % et 40 % du capital de la société Alma Atlantique, que 2,5 % et 10 % tandis que MM. Y... et X... représentant 18 % et 30 % se sont attribués ensemble 87,5 % des bénéfices ; qu'en affirmant néanmoins que cette clause n'était pas léonine, la Cour d'appel a violé l'article 1844-1, alinéa 2 du Code civil ».

⁴⁶⁰ Y. Guyon, *Traité des contrats*, ouvrage précité.

Chartier⁴⁶¹ l'écrit « il est sage pour tout gestionnaire, il est même de son devoir, de prévoir l'avenir : aux jours fastes succèdent souvent des périodes de turbulence⁴⁶² ». Le législateur et la jurisprudence tendent à concilier cette mésintelligence d'une manière satisfaisante pour les deux parties. D'une part, ils privilégient, au nom de l'intérêt social, la politique d'autofinancement des entreprises en autorisant les statuts et les associés majoritaires à constituer des réserves, ainsi qu'à effectuer certains aménagements financiers. D'autre part, ils ne permettent pas que la mise en réserve soit privative de certains associés de leur droit aux dividendes.

A- Le droit de constituer des réserves

225. On entend par le mot "réserve" toute somme prélevée sur les bénéfices et affectée à une destination déterminée, ou conservée à la disposition de la société. Le montant et l'objet de cette somme sont déterminés soit par la loi (réserve légale), soit par les statuts (réserve statutaire), ou encore à l'initiative de l'assemblée générale ordinaire (réserve libre). Ce sont ces deux derniers cas qui nous intéressent le plus, car le cas des réserves légales ne pose aucun risque pour les associés minoritaires. L'assemblée générale dispose cependant d'un large pouvoir dans le cas des réserves statutaires ou libres. Elle peut, par une majorité extraordinaire, accéder à la modification des statuts pour insérer une nouvelle mise en réserve ou augmenter la présente. Et par une simple résolution, elle est, à tout moment, en mesure de constituer de nouvelles mises en réserve, fixant librement leur montant et leur objectif.

Ce principe général a d'ailleurs été clairement posé par quelques décisions jurisprudentielles, dont celle de la Cour d'appel de Reims⁴⁶³. Il s'agit dans cette affaire d'une contestation présentée par deux associés minoritaires d'une SA. Ces derniers ont assigné en 2004 leur coassociés majoritaires devant le tribunal de commerce de Sedan, afin de prononcer l'annulation des délibérations de l'assemblée générale ordinaire, se rapportant à l'affectation des bénéfices, et de s'allouer une somme de 150000 euros à titre de dommages-intérêts. Par jugement du 13 décembre 2004, le dit tribunal a condamné les défendeurs à payer la somme réclamée, ordonnant l'exécution provisoire de la décision en cause. Pour entrer en voie de condamnation, le tribunal relève que, « depuis l'exercice

⁴⁶¹ Y. Chartier, *Sanctions de l'affectation systématique, à la demande des associés majoritaires, des bénéfices d'une société aux réserves, affectation ne répondant ni à l'objet ni aux intérêts de celle-ci. Note sous cassation (ch. Com), 6 juin 1990. Rev. Soc. 1990, p.606.*

⁴⁶² Voir encore M. Germain et J-P. Legros, *Travaux dirigés de Droit des sociétés, op. cit., n°67, p. 70.*

⁴⁶³ CA. Reims, 1ère ch. Civ. 10 sept. 2007, n°04/02958.

1994-1995, la totalité des bénéfices nets de la société a été mise en réserve, d'une manière excédant vingt fois le montant du capital social, et qu'une telle affectation ne répondait pas à l'intérêt social, mais au seul intérêt des associés majoritaires ». Il a estimé que cette mise en réserve caractérisait un abus de majorité.

226. Les associés majoritaires condamnés ont demandé à la cour d'appel de Reims l'infirmer du jugement. Or, comme les intimés n'avaient pu parvenir à l'annulation de la décision contestée en première instance, ils ont demandé à la cour d'appel d'annuler la clause de mise en réserve. Cette dernière a cependant rejeté leur demande, affirmant qu'ils n'ont pas démontré que les décisions de mise en réserve avaient procédé d'un abus du droit de majorité et aurait été prise à l'encontre de l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les associés majoritaires. Selon elle, l'affectation des résultats d'une société à un compte de réserves n'est pas contraire aux dispositions des articles 1832 et 1833 du Code civil, dans la mesure où l'augmentation des capitaux propres de la société a pour effet d'accroître la valeur des actions et, partant, de réaliser l'objectif poursuivi par le contrat de société. Nul ne peut contester cette politique tant qu'elle n'apporte pas la preuve d'abus de majorité.

227. Cette décision met en évidence un problème majeur concernant la protection des associés minoritaires qui n'ont pas véritablement une participation significative à la décision de mise en réserve. Ces derniers sont souvent passifs face aux majoritaires qui emploient cette technique pour échapper à des augmentations du capital social diminuant leur poids dans la société⁴⁶⁴. Dans cet arrêt, on peut se demander quelle preuve attendait la Cour de Reims. S'il ne suffit pas que ces derniers soient privés neuf ans de suite de leur droit aux dividendes, dont le montant réservé excède de vingt fois le capital social, il est ardu d'établir qu'une mise en réserve quelconque puisse être à l'origine d'un abus de majorité ; d'où cette conclusion : des bénéfices réservés et des droits suspendus à l'infini⁴⁶⁵.

228. On peut imaginer encore que le risque devient majeur s'agissant d'un groupe de sociétés où la majorité du capital des filiales est détenue par la société mère. Les associés minoritaires de ces dernières, n'ayant pas de poids significatif, se voient souvent soumis à

⁴⁶⁴B. Lecourt, *Annulation d'une décision sociale de mise en réserve des bénéfices pour abus de majorité. Note sous cassation, (com), 1^{er} juill. 2003. Rev., soc. 2004.*

⁴⁶⁵Voir *Cass. com. 6 juin 1990, n°80-19.42088-19.783*. Elle déclare que « caractérise l'abus du droit de majorité la Cour d'appel qui fait ressortir que l'affectation systématique, depuis la création d'une société à responsabilité limitée, de tous les bénéfices aux réserves n'avait répondu ni à l'objet ni aux intérêts de cette société et que ces décisions avaient favorisé les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires ».

la volonté de la société mère et privés sensiblement de leurs dividendes. De plus, la mise en réserves effectuée dans une filiale semble différente de celle décidée dans une société isolée, qui ne connaît en réalité que son propre intérêt. Dans une filiale, la constitution des réserves peut être menée pour des considérations inhérentes au groupe de sociétés d'une manière collective. Ainsi, utilisant la technique des conventions de trésorerie, la société mère pourrait s'approprier des réserves d'une filiale pour financer de nouvelles implantations ou pour sauver ou développer d'autres filiales existantes. Comme l'explique un auteur⁴⁶⁶, même si les bénéfices réservés se révèlent aux comptes des sociétés filiales en fonction de leur chiffre d'affaire, ils ne seront utilisés que suivant l'intérêt commun du groupe, contrôlé par la société mère. Ce problème s'avère au demeurant plus concret s'agissant d'un groupe multinational où les bénéfices des sociétés liées se transfèrent d'une entité à une autre, ignorant à la fois les frontières de leur pays et les intérêts particuliers de leurs associés minoritaires.

B- Le contrôle judiciaire de la constitution des réserves

229. Assumant le risque d'être privés de leurs dividendes, les associés minoritaires de la filiale peuvent s'opposer à la clause de réserve insérée dans les statuts de celle-ci ou décidée à son assemblée générale. Cette clause est entachée de nullité puisqu'elle débouche sur un abus de majorité qui profite à la société mère. La Cour de cassation reconnaît cette faculté à tout associé, sans tenir compte qu'il appartienne à une société isolée ou à une société membre d'un groupe. Ainsi dans une affaire récente, elle s'est prononcée en faveur d'un groupe minoritaire à propos de création d'une réserve libre⁴⁶⁷. Il s'agit d'une société anonyme dont les associés majoritaires ont décidé de mettre en réserve les bénéfices perçus au cours de l'exercice 2002-2003. Ceux-ci allèguent que « la mise en réserve répond à une politique de prudence compte tenu des difficultés rencontrées dans le secteur de l'informatique après le passage à l'euro et de la forte concurrence qui règne dans ce secteur, ce qui est traduit par une baisse importante du chiffre d'affaires d'I.P.L.S en 2000 puis de nouveau en 2002 ; que le rapport de gestion de 2001 faisait ainsi part des inquiétudes de la société pour l'avenir ». La cour d'appel de Versailles a été convaincue par ces motifs, affirmant de plus que le groupe minoritaire ne prouvait pas que ces décisions d'affectation des bénéfices aux réserves aient été prises « contrairement à l'intérêt général de la société dans l'unique dessein de favoriser les actionnaires majoritaires au détriment de la

⁴⁶⁶ Voir H. Issa, *Les sociétés multinationales*, op. cit., p.181.

⁴⁶⁷ Cass. com. 17 mars 2009, n°08-11.268.

minorité ». Comme les minoritaires étaient désavantagés, ils ont invoqué devant la Cour de cassation l'abus de majorité issu de la mise en réserve. Cette dernière s'est aisément rangée à ces arguments en déclarant que la cour d'appel ne s'était pas fondée sur des motifs adéquats lorsqu'elle avait recueilli les arguments des associés majoritaires.

Cet arrêt, bien que répondant à l'intérêt des associés minoritaires, ne s'appuie pas sur des éléments solides. En effet, les motifs sur lesquels les associés majoritaires ont fondé leur décision ne paraissent pas convenablement réfutés. Le fait qu'une société ait traversé des difficultés afférentes au secteur de l'informatique, qui se sont traduites par une baisse importante du chiffre d'affaire et une forte concurrence, peut à notre avis justifier sans conteste la mise en réserve.

230. En outre, la mise en réserve, qu'elle soit prévue dans les statuts ou décidée par l'assemblée générale, ne doit servir que l'intérêt social. Cette exigence ne se prête à aucune discussion pour une société isolée car son intérêt ne peut être distinct de celui de ses associés. Mais au sein d'un groupe, elle suscite des hésitations. En effet, comme nous l'avons relevé plus haut, le champ d'intérêt de la filiale ne se limite pas à l'intérêt des associés, mais peut être affecté par des intérêts extérieurs plus ou moins lointains. Ainsi, les difficultés financières que traverse une société membre du groupe peuvent introduire des effets néfastes à l'intérêt des autres sociétés. La question se pose ainsi de savoir si la mise en réserve effectuée par une filiale peut être investie au profit d'une autre société du groupe.

Répondre à cette question implique de distinguer deux hypothèses : l'existence ou non d'une convention de trésorerie entre les sociétés membres du groupe. En cas de présence de cette convention, la décision relève de la compétence du conseil d'administration ou du directoire, puisqu'une telle opération est autorisée par la loi (C. mont. art. L. 511-7 al.3). Dans le cas contraire, l'acte à conclure doit faire l'objet de la procédure d'autorisation, car il est soumis au régime des conventions réglementées, sauf, bien entendu, s'il est effectué à titre gratuit ou relève du régime des conventions interdites⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ Voir plus de détails sur ce sujet supra, n° 84 et ss.

Section II : L'obligation de respecter l'organisation des pouvoirs au sein de la filiale

231. L'organisation légale des pouvoirs s'entend, au sein d'une société, comme l'attribution des compétences entre les organes sociaux qui répond à une exigence de fonctionnement. Elle se justifie par le fait que les missions confiées à ces organes ne sont pas de même nature et importance mais diffèrent en fonction de leurs effets sur le patrimoine social. Certaines compétences, relatifs à l'accomplissement de l'objet et de l'activité sociale ou à la représentation de la société à l'égard des tiers et de la juridiction, sont dévolues aux organes d'administration, de direction ou de gestion. D'autres, ayant des caractéristiques moins habituelles et produisant des effets plus actifs sur le patrimoine social, sont afférentes à l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, considérée comme l'autorité la plus souveraine au sein de la société. Une troisième catégorie, liée plus au contrôle qu'à la direction, sont attribuées au conseil de surveillance ou au commissaire aux comptes. Cette multiplicité organique se traduit d'ordinaire par une variété des personnes qui occupent ces fonctions. Par exemple, la loi exige que les organes d'administration et de contrôle soient séparés par leurs attributions et par leurs membres. Même lorsqu'il ne s'agit pas d'une obligation légale, les compétences dévolues au conseil d'administration ou au directoire peuvent être exercées par des personnes dépourvues de la qualité d'associé. De la même manière, les prérogatives imputées aux représentants de la société peuvent s'exercer par des personnes autres que les membres de la direction.

232. Une telle multiplicité n'a cependant rien d'obligatoire. Bien au contraire, on constate parfois que le droit lui-même impose l'existence d'une unité personnelle entre certains organes sociaux. C'était ainsi le cas pour les membres du conseil d'administration de la SA qui devaient, jusqu'au 4 août 2008⁴⁶⁹, être associés, et c'est encore le cas pour le président de ce conseil, qui est choisi obligatoirement parmi ces membres.

Cette unité personnelle et organique s'avère d'ailleurs plus évidente dans le cadre de groupes de sociétés, compte tenu des appréciations nettement économiques. Comme nous l'avons constaté⁴⁷⁰, l'existence d'un groupe suppose l'existence d'une société exerçant un contrôle sur une autre, en s'appuyant dans cet exercice sur les critères prévus à l'article L. 233-1 du Code de commerce, à savoir : la participation majoritaire au capital, la détention

⁴⁶⁹ Date de la Loi n°2008-776 de modernisation de l'économie.

⁴⁷⁰ Voir dans le chapitre préliminaire n° 38 et ss.

directe ou indirecte d'une fraction majeure des droits de vote, ou le pouvoir de nommer et de révoquer la majorité des dirigeants de la société contrôlée. La mise en œuvre de ces critères implique qu'un certain nombre de compétences, relevant de la direction ou de la gestion des filiales, soient attribuées à la société mère. Ainsi, le pouvoir de décision que cette dernière, associé majoritaire, peut exercer directement ou par personne interposée, au sein des assemblées générales de ses filiales. En fonction de ce pouvoir, la société mère est en mesure de verrouiller son contrôle sur sa filiale, en se faisant désigner membre de son conseil d'administration ou de surveillance, ou en nommant dans celui-ci une ou des personnes subordonnées, telles une filiale ou sous filiale, un salarié ou un dirigeant. Même lorsqu'il s'agit de l'exercice d'un pouvoir réservé par la loi aux personnes physiques (tel le pouvoir de représentation d'une SA et celui de gestion d'une SARL ou d'une SNC), la société mère peut appliquer son contrôle par l'intermédiaire d'une personne interposée. Il est en pratique courant que ces postes soient occupés par des salariés ou des dirigeants imposés à la société filiale par sa mère.

233. Toutefois, ces fonctions multiples, même réunies juridiquement ou réellement aux mains d'une seule société mère, sont soumises en droit aux mêmes règles applicables aux sociétés en général. La société mère ne peut s'immiscer dans la direction ou la gestion de sa filiale que si elle dispose de la qualité requise. Même lorsqu'elle cumule plusieurs fonctions en même temps, la société mère ne peut les exercer qu'en qualité d'organe social, ce qui ne permet pas de contrarier l'intérêt social de la filiale pour des fins personnelles, ou d'outrepasser ses prérogatives pour conforter les liens économiques et financiers dans son groupe. La nécessité de restructurer le groupe par la réorganisation des pouvoirs et l'aménagement des organes ne permet pas en effet de mettre en jeu l'autonomie juridique des sociétés membres.

De ce fait, plusieurs obligations afférentes à la répartition légales des pouvoirs doivent être observées. Certaines relèvent des pouvoirs exercés au sein des assemblées générales, d'autres se lient aux attributions des dirigeants ou des gérants. Mais dans les deux cas, le périmètre de ces pouvoirs diffère suivant la forme de la filiale et l'importance de la décision envisagée.

Sous-section I : L'organisation des pouvoirs au sein d'une filiale à risque limité

234. Les règles régissant les sociétés à risque limité se révèlent moins flexibles que celles relatives aux sociétés à risque illimité : elles ne laissent guère de latitude aux statuts. Elles répartissent les pouvoirs et hiérarchisent les organes d'une manière impérative, si bien qu'elle laisse peu de marge à l'application des dispositions de la société civile. Les limites séparant entre les différents organes sont minutieusement dessinées au vu des prérogatives attribuées à chacun.

Cependant, cette rigidité de règles ne va pas toujours de même pour toutes les formes sociétaires, car il existe certaines nuances juridiques qui confèrent à chaque société un caractère particulier. Cette spécificité requiert d'analyser plus en profondeur les règles applicables en la matière conformément à la forme sociétaire de la filiale.

I- L'organisation des pouvoirs au sein d'une société filiale anonyme

235. Il existe en droit français deux types de société anonyme : une société anonyme avec conseil d'administration et une avec directoire. Dans les deux formes, les pouvoirs sont divisés selon l'organe compétent en deux : pouvoirs de décision dont l'exercice revient à l'assemblée générale, ordinaire ou extraordinaire, et pouvoirs de direction dont l'exercice incombe au conseil d'administration ou au directoire.

A- Le pouvoir de décision

236. Dans la société anonyme, le droit précise certaines compétences dont la souveraineté relève exclusivement de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire⁴⁷¹. Ces pouvoirs sont définis par la loi d'une manière restrictive, et répartis suivant leur importance entre deux organes : l'assemblée générale ordinaire et l'assemblée générale extraordinaire.

1- L'exercice des pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire

237. Depuis la loi du 26 juillet 2005, l'assemblée générale ordinaire ne peut en droit français délibérer que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième des actions donnant droit de vote sur première convocation (C. com. art. L. 225-

⁴⁷¹ Voir la thèse précitée d'A. Catel, où l'auteur écrit à la page 129 : « *En Droit des sociétés, le titulaire du pouvoir est celui dont les participations l'autorisent à faire prévaloir sa volonté dans les assemblées sociales. (...) Dans les groupes de sociétés, c'est l'associé majoritaire ou le groupe d'associés de la maison mère qui va incarner réellement le pouvoir* ».

98). Dans les sociétés non cotées sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir un quorum plus élevé. Les décisions sont prises à la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés. Si le quorum n'est pas atteint à la première convocation, une seconde sera adressée aux actionnaires et l'assemblée délibère valablement sans aucune exigence de quorum. A propos de ce quorum faible, la société-mère dispose d'une grande latitude pour dominer ses filiales anonymes. Comme nous l'avons évoqué dans le chapitre préliminaire, il est parfois difficile d'obtenir des présences en nombre suffisant par faute d'intérêt de la part des associés minoritaires à l'emploi de leur droit de vote. Il peut suffire le cas échéant que cette société dispose de 20%, voire encore moins, des droits de vote pour procéder au contrôle, et exercer, par ce fait, tous les pouvoirs attribués à cet organe⁴⁷².

238. En tout état de cause, la société mère ne devrait pas manquer d'exercer ses pouvoirs sans les déléguer à un autre organe social, même s'il est représenté par elle. Le fait que cette société soit à la fois dirigeante et associée majoritaire de sa filiale ne justifie pas qu'elle fasse défaillance à la convocation des associés minoritaires et à la tenue de l'assemblée générale lorsqu'elle veut procéder à une décision relative aux compétences de cette dernière. De même, elle n'a pas à dépasser les prérogatives de l'assemblée générale pour empiéter sur celles d'autres organes. La Cour de cassation a eu l'occasion de statuer sur cette question dans une affaire déjà ancienne. Elle a déclaré dans le célèbre arrêt Motte du 4 juin 1946⁴⁷³ que « la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale. Il n'appartient pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration ; c'est donc à bon droit qu'un arrêt annule la résolution votée par l'assemblée générale qui investit le président directeur général de l'ensemble des pouvoirs attribués jusqu'alors au conseil d'administration ».

La Cour de cassation, consacre donc la thèse institutionnelle de la société à la place de celle contractuelle : les organes et leurs pouvoirs sont créés par la loi, les statuts ne peuvent

⁴⁷² Ces compétences peuvent être classées comme suit :

- nommer et révoquer les administrateurs, les membres du conseil de surveillance, de même qu'elle nomme les commissaires aux comptes ;
- statuer sur toutes les questions relatives aux comptes annuels de l'exercice écoulé, et voter le quitus des organes d'administration ;
- statuer sur la répartition des bénéfices ;
- décider ou approuver certains actes que les administrateurs ou le conseil de surveillance ne peuvent pas décider seuls.

⁴⁷³ Cass. civ., 4 juin 1946, JCP. éd. 1947, 11.3518, note D. Bastian, Syrie 1947 ; note Brabry.

y porter atteinte. Elle a, dans cette affaire, dénié à l'assemblée générale ordinaire de la société Motte le droit de nommer le président du conseil d'administration, pouvoir « attribué jusqu'alors au conseil d'administration ».

2) Les pouvoirs de décision au sein de l'assemblée générale extraordinaire

239. L'assemblée générale extraordinaire dispose des pouvoirs les plus importants sur la société et les associés. Elle prend les décisions emportant modifications des statuts, telles que celles impliquant une transformation ou une fusion de la société, une augmentation ou une réduction du capital, un changement de siège ou de nationalité. Comme ces actes recèlent un risque majeur pour l'intérêt social, l'assemblée ne peut valablement délibérer que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant droit de vote. A défaut, elle doit se tenir sur deuxième convocation et délibérer avec une majorité des actions ayant droit de vote représentant le cinquième (C. com. art. L. 225-96 al.2). La décision est prise à la majorité des deux tiers des voix présentes ou représentées (C. com. art. L. 225-69, al.3). Avant la loi du 24 juillet 1966 (Code de Commerce actuel), la Cour de cassation avait eu l'occasion de décider que les règles du quorum ne pouvaient pas être modifiées par les statuts⁴⁷⁴. Selon *M. Germain*⁴⁷⁵, cette solution paraît commandée aujourd'hui par l'article L. 225-121 du Code de commerce, comme par l'intérêt social.

Toutefois, une société mère qui possède la majorité requise à l'assemblée générale extraordinaire de sa filiale dispose de tous les pouvoirs attribués à cet organe. Ces larges pouvoirs n'autorisent cependant pas la société mère à s'immiscer dans les prérogatives réservées aux autres organes telles que celles du conseil d'administration ou du commissaire aux comptes, ou à empiéter sur les compétences reconnues à l'assemblée générale ordinaire. De même, il existe certaines décisions⁴⁷⁶ qui sont prises à l'unanimité des associés. Il ne suffit pas en l'occurrence que la société mère dispose d'une participation majoritaire dans de sa filiale mais il faudra que l'ensemble des actionnaires de celle-ci s'expriment favorablement pour ces décisions⁴⁷⁷.

B- Le pouvoir de direction et de représentation

240. La liberté des statuts concernant l'aménagement des pouvoirs est davantage

⁴⁷⁴ *Cass. civ. 02 juill. 1946.*

⁴⁷⁵ *Traité de Droit des sociétés, op. cit., n° 1593, p.403.*

⁴⁷⁶ Voir à titre d'exemple l'article 1836 du Code civil français, cf. *supra*, n°186.

⁴⁷⁷ *P. Le Canu et B. Dondero, Droit des sociétés. op. cit., n°837, p.565.*

limitée, étant donné les multiples règles impératives régissant notamment les modalités de gestion. Comme on le sait, le droit français connaît depuis la loi du 24 juillet 1966 (Code de Commerce actuel) deux types de sociétés anonymes : la société anonyme à structure classique et la société anonyme à structure nouvelle. Les règles sur les compétences, et les pouvoirs relatifs à chacun de ces types ne semblent pas identiques. Il importe donc de mettre en perspective ces formes de sociétés.

1- La filiale anonyme à structure classique

241. Cette forme de sociétés est dirigée par un conseil d'administration, avec un président directeur général, ou un directeur général et président du conseil en cas de dissociation de fonction de représentation. Selon l'article L. 225-35 du Code de commerce⁴⁷⁸, le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Il lui revient de déterminer les orientations de l'activité sociale et de veiller à leur mise en œuvre, ainsi que d'autoriser les actes les plus importants. Dans ce sens, *Le Cannu* écrit que « la détermination des orientations de l'activité de la société consiste dans la définition de la stratégie globale, des axes de développement, des méthodes de défense face à une crise, etc. ». Autrement dit, comme le Tribunal de commerce de Bordeaux le soutient (dans un jugement rendu le 2 janvier 2003⁴⁷⁹), « le conseil d'administration ne prend pas des décisions, mais détermine des orientations générales. Le pouvoir de décision appartient au président du conseil ou au directeur général ». À ce titre, le conseil d'administration d'une société filiale dispose de quatre pouvoirs essentiels :

- un pouvoir d'orientation portant sur la fixation de la stratégie générale de la société, laquelle doit en pratique être liée à la stratégie globale du groupe, définie par le conseil d'administration de la société mère. Il incombe au conseil de la filiale de veiller à ce que l'activité de celle-ci soit en conformité avec la planification définie par la société mère,

⁴⁷⁸ Cet article dispose que « le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent (...); Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns ; Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission ».

⁴⁷⁹ Voir le commentaire de cette affaire : B. Saintournes, *Difficultés de répartition des pouvoirs entre le conseil d'administration et le directeur général de la société anonyme après la loi NRE du 15 mai 2001*. *Rev. soc.* 2003, p.134.

concernant le groupe en entier⁴⁸⁰. Ce n'est pas en fait une obligation légale, mais une exigence pratique issue du rôle complémentaire qu'exerce la société filiale. La société mère n'est pas en effet en droit de donner des instructions indiscutables au conseil d'administration de sa filiale, en raison de l'indépendance juridique de cette dernière. Le Tribunal Fédéral suisse a évoqué cette figure dans un arrêt (*RD Foods Inc.*). Il a jugé que la filiale n'était pas tenue de donner suite aux ordres et instructions de la société mère. Son conseil n'est pas présumé fautif pour le seul fait qu'il résiste aux instructions de la société mère, assemblée générale ou membre de ce conseil ; mais il pourrait l'être lorsque cette résistance est de nature à mettre en péril l'intérêt social de la filiale⁴⁸¹. À titre d'exemple, on peut évoquer la célèbre affaire *Freuhauf*, très intéressante en la matière parce qu'elle traite de la confrontation entre le conseil d'administration et l'assemblée générale d'une filiale⁴⁸². Il s'agit dans cette affaire d'une filiale française, nommée *Freuhauf-FRANCE*, d'une holding américaine, appelée *Freuhauf*. Le conseil d'administration de la filiale avait refusé l'exécution d'une injonction du conseil d'administration de la société mère (détentrice des pouvoirs de l'assemblée générale de cette filiale), visant la résiliation d'un contrat de vente que cette société vendeuse avait conclu avec la société Berliet, acheteuse. La société mère prétendait que la conclusion de ce marché contrevenait à une réglementation américaine dite «*The Trading with Enemy*» et qu'elle ait reçu à ce titre une contestation des autorités américaines. Comme l'annulation de cet acte compromettait les intérêts de la filiale, son conseil d'administration avait contesté la décision devant le tribunal de Corbeil en demandant son annulation ainsi que la nomination d'un administrateur provisoire. Le Tribunal, réuni le 6 février 1965, rejeta l'annulation agréant la nomination d'un administrateur provisoire. Le jugement fit l'objet d'un appel présenté par la société mère, alléguant que le tribunal avait favorisé l'avis de la minorité contre la majorité. La Cour d'appel de Paris confirma ce jugement en se fondant sur l'intérêt de la société filiale menacé par des incidences dommageables sur son équilibre financier.

242. L'intérêt de cette affaire provient, en réalité, du fait qu'elle met clairement en évidence l'antagonisme des volontés entre le conseil d'administration et l'assemblée générale de la société filiale. Nonobstant le fait que ce conseil soit nommé par la société mère (assemblée générale), il ne devait agir qu'en fonction de l'intérêt social de la filiale,

⁴⁸⁰ Voir Y. Rida, *Les aspects juridiques des groupes de sociétés*, éd. Dareannahdaalarbia, Le Caire, 2000.

⁴⁸¹ Tribunal fédéral suisse, SJ 1992 627.

⁴⁸² JCP 1965. II. 14274 bis, concl. av. gén. Nepveu ; D. 1968. 147, note R. Contin ; RTD com. 1965. 631, obs. R. Rodière ; Grands arrêts du droit des affaires, 1995, Dalloz, n° 44, p. 487. - R. CONTIN, L'arrêt *Freuhauf* et l'évolution du droit des sociétés, D. 1968. Chron. 45.

auquel ne pouvaient s'opposer les directives ou la stratégie prescrite par la société mère. Ce conseil devrait adapter ses orientations à l'activité particulière de la filiale de sorte qu'elles ne servent que l'intérêt de celle-ci⁴⁸³. Dans l'intérêt des associés minoritaires, il est alors possible et nécessaire de faire peser sur les membres du conseil d'administration un devoir de résistance légitime à l'égard de la société mère.

243. De plus, l'appréciation de l'intérêt social de la filiale doit être encadrée par le respect de l'objet social et des compétences attribuées par les textes aux autres organes et responsables, tels l'assemblée générale, le président du conseil, le directeur général et le commissaire aux comptes. La société mère, membre du conseil de sa filiale, n'a pas à empiéter sur les prérogatives de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire de cette dernière, même si elle dispose déjà du quorum suffisant pour ce faire. Elle n'a pas non plus à s'ingérer dans les activités relatives au président du conseil ou au directeur général de sa filiale consistant, selon l'article 225-51, en la direction générale de la société.

244. Cependant, une difficulté réside dans le fait que cette société pourrait représenter et contrôler à la fois tous les organes de sa filiale. Comme associée majoritaire, elle dispose des pouvoirs attribués aux assemblées générales, dont celui de nommer et de révoquer les membres du conseil d'administration. Etant administrateur, elle est en mesure de contrôler le président du conseil d'administration ou le directeur général. Cette situation conduit à des imbrications, voire des dépassements des compétences attribuées auxdits organes au profit de la société mère⁴⁸⁴. Autrement dit, la répartition légale des pouvoirs au sein de la société en général, bien que devant être respectée par les organes concernés, ne s'avère pour une filiale que relative. En effet, alors même que la société mère ne veut pas (ou ne peut pas) assumer la qualité d'administrateur ou de directeur général, elle est à même de s'assurer du contrôle de ces fonctions par le biais d'une personne interposée. Cette situation ravale en pratique les dirigeants, voire les représentants de la filiale au rang de simples exécutants de la société mère, loin de représenter les intérêts des minoritaires⁴⁸⁵. Le risque se manifeste avec évidence lorsque ces dirigeants sont liés à la société mère par un contrat de travail ayant pour objet la direction de la filiale. On ne peut en l'occurrence s'assurer qu'ils agiront au nom de leur société, ou pour le compte de sa mère.

⁴⁸³Voir dans le même sens C. Malecki, (*Les dirigeants des filiales*, op. cit., p.453) qui écrit : «à l'égard de la filiale, ces dirigeants sont, en principe, des véritables dirigeants ».

⁴⁸⁴Voir aussi P. Le Cannu, *Les brumes de l'article 225-35 du Code de commerce, attributions générales du conseil d'administration de la société anonyme*. Rev. soc. 2010, p.17.

⁴⁸⁵P. Fieschi-Vivet, *Des cas de non-cohabitation entre le contrat de travail et le mandat social*, RJS, 1994, n° 46, p. 19 : « ces dirigeants sont alors dans une fausse position, celle de dirigeant fusible »

245. En vérité, dans l'intérêt des associés minoritaires de la filiale, il semble utile de leur accorder un droit à la représentation dans le conseil d'administration de celle-ci, exercé par un ou plusieurs dirigeants élus directement par eux. Ce droit pourrait à notre avis être prévu dans les statuts de la filiale ou dans un pacte d'actionnaires, voire institué par la loi afin de lui donner plus d'efficacité. En effet, cette condition aurait pour objectif et résultat de diluer l'extrême contrôle de la société-mère de sorte que l'intérêt des associés minoritaires de la filiale ne soit pas minimisé au profit d'un autre étranger à leur société.

- La deuxième compétence du conseil d'administration de la filiale anonyme réside dans le pouvoir de contrôle exercé sur le président et le directeur général. Étant donné que le droit exige la qualité de personne physique pour ces organes⁴⁸⁶, la société mère n'a pas l'opportunité de détenir le titre de directeur général ou de directeur général délégué en raison de sa personnalité morale. Il s'ensuit qu'elle ne peut empiéter sur les prérogatives de ces organes, déterminées par la loi ou les statuts. Cependant, il n'est pas rare que cette société exerce en pratique un contrôle plus ou moins ferme sur ces organes. Ainsi, étant associé majoritaire ayant le pouvoir de nommer et révoquer les membres du conseil d'administration, elle est souvent en mesure d'imposer sa volonté à ces derniers pour mettre en place un directeur général, assisté ou non par des directeurs généraux délégués. Cette faculté sera d'ailleurs plus commode et disponible si la société mère domine avec d'autres personnes subordonnées le conseil d'administration de sa filiale, car ses instructions leur seront directement imparties. En effet, alors même que ces derniers reçoivent leurs attributions de la loi et des statuts de la filiale, le fait qu'ils soient nommés, rémunérés et révoqués par le conseil d'administration, ou qu'ils soient liés à la société mère, membre de ce conseil, par un contrat de travail ayant pour objet la représentation de la filiale, les place dans un état de subordination à ce conseil.

246. Mais en tout état de cause, il n'est pas surprenant en l'occurrence que la société mère se voit imputer la qualité de directeur général de fait, ou celle de directeur général

⁴⁸⁶ Cette exigence vaut également pour le ou les directeurs généraux délégués que l'article L. 225-53 du Code de commerce permet au conseil d'administration, sur proposition du directeur général, de nommer. Aux termes de cet article « *le conseil d'administration peut, sur proposition du directeur général, nommer une ou plusieurs personnes physiques chargées d'assister le directeur général avec le titre de directeur général délégué. Les statuts fixent le nombre maximum des directeurs généraux délégués, qui ne peut dépasser cinq* ». La périphérie et la durée des pouvoirs de ces organes sont déterminés par le conseil d'administration en accord avec le directeur général, mais à l'égard de tiers, ces derniers disposent des mêmes pouvoirs que le directeur général. Voir le commentaire de cette disposition : *P-H. Conac, Le président d'administration d'une société anonyme ne peut exercer les fonctions de directeur général délégué, note sous la cour d'appel de Lyon (3^e chambre) 25 sept. 2003, Rev. Soc. 2004, n°16, p.881.*

délégué de fait, exercée par une ou plusieurs personnes interposées. Elle pourrait être rendue responsable à l'égard des associés minoritaires de sa filiale, de la même manière que le directeur général et les directeurs généraux délégués de droit.

- La troisième prérogative du conseil d'administration de la société filiale repose sur l'autorisation du président ou du directeur général pour les actes les plus importants, concernant la gestion. En pratique deux types d'actes sont concernés, les conventions réglementées (que nous avons abordées supra) et certains actes que le conseil d'administration estime importants au point qu'ils nécessitent son autorisation préalable pour leur conclusion, ainsi les contrats dont le montant dépasse une somme fixée.

- La quatrième prérogative, très exceptionnelle, porte sur le pouvoir d'augmenter le capital social, afférent en principe à l'assemblée générale extraordinaire. C'est une dérogation que prévoient les droits français et libyen. Ainsi, selon l'article L. 225-129-2 du Code de commerce français «lorsque l'assemblée générale extraordinaire délègue au conseil d'administration ou au directoire sa compétence pour décider de l'augmentation du capital social, elle fixe la durée qui ne peut excéder vingt-six mois». L'autorisation en droit libyen est prévue au visa de l'article 141-2 du Code de commerce prévoyant que « les statuts peuvent conférer au conseil d'administration le pouvoir d'augmenter le capital social en une ou plusieurs fois par l'émission des actions normales dans la limite d'un montant déterminé. La durée de l'exercice de ce pouvoir ne peut dépasser un an à dater de l'immatriculation de la société. L'assemblée générale extraordinaire peut, au cours de la vie sociale, modifier les statuts en vue de conférer ledit pouvoir au conseil d'administration qui doit au cas échéant l'exercer dans un délai d'un an daté de la modification».

247. La différence essentielle entre les deux textes réside dans le fondement et la durée d'autorisation. Alors qu'en droit libyen, l'augmentation du capital par le conseil d'administration semble relativement exceptionnelle puisqu'elle n'est envisageable que par le biais d'une autorisation statutaire initiale ou d'une modification postérieure des statuts, on constate qu'elle jouit selon le texte français d'une certaine souplesse du fait qu'elle pourrait être conférée au conseil par une simple délégation de l'assemblée générale extraordinaire. D'autre part, la durée d'autorisation ne peut, selon le texte libyen, excéder un an à dater de la constitution de la société ou de la modification des statuts. Cependant dans le texte français, cette durée peut atteindre vingt-six mois.

Il est peu douteux que cette dérogation constitue pour les associés minoritaires de la

filiale un danger criant, étant donné que l'autorisation procède de l'assemblée générale extraordinaire, souvent représentée par le conseil d'administration de la société mère. Cela veut dire que cette dernière cumulerait directement ou indirectement la qualité d'organe autorisant l'augmentation et celle d'organe qui en est autorisé.

2- La filiale anonyme à structure nouvelle

248. Cette société, inconnue en droit libyen, est dirigée et représentée par un directoire, composé d'une ou plusieurs personnes physiques, choisies parmi les actionnaires ou des tiers. Le nombre minimal et maximal de ces personnes diffère en fonction de deux facteurs : l'ampleur du capital social et la cotation de la société sur un marché réglementé. Ainsi, la société peut être dirigée par un seul membre, dénommé «directeur général» si son capital n'excède pas à 150.000 euros ; sinon, elle est dirigée par deux à cinq membres si elle n'est pas cotée, et par deux à sept si elle est cotée. Ce nombre est fixé par les statuts ou par le conseil de surveillance. De plus, le ou les membres de cet organe, ainsi que son président, sont nommés et contrôlés par un conseil de surveillance qui peut comprendre un ou plusieurs membres.

Ces conditions ne semblent pas suffisamment favorables à l'exercice du contrôle par la société mère sur sa filiale. En effet, faute de la qualité de personne physique, d'une part, cette société n'est pas en mesure de se faire désigner membre du directoire de sa filiale ou d'y nommer une ou plusieurs autres filiales. Elle ne peut ainsi contrôler cet organe que par l'intermédiaire d'une personne physique, telle un salarié ou un dirigeant. D'autre part, même dans cette hypothèse de contrôle indirect, la personne interposée n'a pas vocation à exercer simultanément plus d'un mandat social sur le territoire français, car l'article L. 225-67 du Code de commerce interdit aux membres du directoire et au président de cet organe tout cumul de mandat. La société mère ayant plusieurs filiales sur le territoire français ne saurait employer les mêmes salariés pour représenter ses différentes filiales. Cette interdiction du cumul de mandat semble néanmoins un facteur important pour l'autonomie des sociétés filiales. En effet, même s'il revient à la société mère de nommer les dirigeants de celle-ci, l'absence de liens directs entre ces derniers et les autres filiales constitue une assurance non négligeable contre l'immixtion de ces dernières.

249. En outre, le directoire possède les pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société (C. com. art. L. 225-68, al.4). Il prend les décisions nécessaires à la vie sociale, lesquelles seront exécutées par le président ou les directeurs généraux. Ces pouvoirs sont exercés sous réserve de respecter l'objet et l'intérêt sociaux,

ainsi que les compétences afférentes aux autres organes sociaux tels que l'assemblée générale, le conseil de surveillance, le commissaire aux comptes et le président du directoire. Lorsqu'il s'agit d'une société filiale, l'existence de l'intérêt de groupe ne justifie pas aux membres de son directoire d'ignorer son intérêt social, bien qu'il puisse sous certaines conditions les exonérer du délit d'abus de bien sociaux⁴⁸⁷. De même, ces organes ne peuvent empiéter sur les prérogatives dévolues aux assemblées générales ou au conseil de surveillance, même si ces derniers le permettent expressément. La répartition des pouvoirs constitue en la matière une restriction d'ordre public. En ce sens, la Cour de cassation affirme ⁴⁸⁸ que « les règles de fonctionnement et de répartition des pouvoirs au sein des sociétés commerciales sont des règles d'ordre public ». Cependant, étant donné que les membres de cet organe sont nommés par la société mère, et peuvent de plus être salariés de celle-ci ou de ses filiales, la répartition des pouvoirs ne s'avère en pratique qu'illusoire. La société mère pourrait en effet exercer son contrôle sur le directoire de sa filiale par le biais de ses salariés ou de ceux de ses filiales. Mais elle serait en l'état susceptible d'être qualifiée de « dirigeante de fait »⁴⁸⁹ et ainsi soumise à la même responsabilité qu'endossent les dirigeants de droit⁴⁹⁰.

250. Par ailleurs, s'agissant du conseil de surveillance, il se compose de trois à dix-huit membres, lesquels peuvent être personnes physiques ou morales, choisis parmi les associés ou des tiers ; le cumul avec la qualité de dirigeant est interdit pour ses membres. Ainsi, le transfert à cet organe de prérogatives relevant de la gestion directe de la société filiale est inconcevable car, comme l'envisage T. Gautier⁴⁹¹, ce conseil ne peut contrôler une gestion qu'il assume lui-même, même partiellement. Cependant, un membre du conseil de surveillance peut exercer simultanément plusieurs mandats, soit cinq mandats pour un membre personne physique, et un nombre illimité de mandats pour un membre personne morale, règle qui semble adéquate pour la société mère désirant renforcer son contrôle.

Les pouvoirs exercés par cet organe ne se limitent pas au seul contrôle de l'activité du directoire. La loi lui confère également le soin de nommer les membres et le président de cet organe, de fixer leur rémunération, d'habiliter certains d'entre eux à représenter la

⁴⁸⁷ Voir infra, n°522 et ss.

⁴⁸⁸ Cass. com. 28 mars 2006, n°04-19.179

⁴⁸⁹ Voir plus de détails sur la notion de dirigeant de fait, et les conditions d'avoir de cette qualification, infra (dans la seconde partie) n° 585 et ss.

⁴⁹⁰ D. Poracchia, *Le dirigeant de fait personne morale par l'intermédiaire d'une personne physique administrateur à titre personnel*, Rev. Soc 2006, p.900.

⁴⁹¹ T. Gautier, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., n° 543, p. 353.

société lorsque les statuts le permettent, de donner son autorisation en matière de conventions réglementées, et de convoquer les assemblées générales. Cette dernière attribution est exercée en concurrence avec le directoire.

251. En tout état de cause, le conseil de surveillance ne peut empiéter sur les prérogatives d'un autre organe, tel le directoire ou l'assemblée générale. Dans un arrêt rendu le 18 avril 1989⁴⁹² en matière fiscale, la Cour de cassation a défini la nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance pour désapprouver leur ingérence dans l'assemblée générale. Selon elle, la personne qui cumule la qualité d'associé avec celle de membre du conseil de surveillance ne doit pas mélanger les prérogatives liées à ces qualités. Elle précise en ce sens que « l'influence que les membres du conseil de surveillance peuvent exercer sur les décisions de l'assemblée générale, ne relève que de l'exercice de leur pouvoir d'actionnaires et non des fonctions de direction, de gestion ou d'administration ».

Dès lors, le conseil de surveillance est exclusivement un organe de contrôle : ses membres ne sont pas, en principe, des dirigeants, même si leurs pouvoirs confinent à ceux des dirigeants. Comme l'a démontré *P. Le Cannu*, « la séparation des fonctions de contrôle et de direction interdit de considérer les membres du conseil de surveillance comme de dirigeants de droit⁴⁹³ ».

II- L'organisation des pouvoirs au sein d'une filiale SAS

252. La SAS (société par actions simplifiées), inconnue en droit libyen, peut être constituée par un seul actionnaire, personne physique ou morale⁴⁹⁴. Les statuts jouent un rôle important dans l'organisation des pouvoirs entre les associés et les dirigeants⁴⁹⁵. Selon

⁴⁹² Cass. com. 18 avr. 1989, *Bull. Joly Sociétés*, 1989, p. 568, § 210, note en chronique *P. Le Cannu*, *La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme*, *Bull. Joly* 1989, p. 479, § 174.

⁴⁹³ *P. Le Cannu*, *Droit des sociétés, Précis Domat*, 2e éd., n° 118. F.-X. Lucas ajoute : « Si le législateur a imposé une séparation organique entre la direction et le contrôle de la société, c'est bien qu'il faut réserver à l'organe de direction le titre de dirigeant de droit ». Cf. note sous Cass. com. 12 juill. 2005, *Rev. soc.* 2006, n° 1, p. 162.

⁴⁹⁴ Voir *P. Le Cannu et B Dendero*, *op. cit.*, 962, p.645. Ils écrivent « Avant la Loi de 1999, il fallait au moins deux actionnaires pour constituer cette société, et ces actionnaires devaient être des personnes morales. Désormais, (à partir de 1999) toute personne physique ou morale peut créer seule une SAS ».

⁴⁹⁵ Voir : *Mémento Pratique Francis Lefebvre*, *op. cit.*, n°14900, p.825 : « La société par actions simplifiées est une société dont le fonctionnement interne relève pour une large part, de la seule volonté de ses membres » ; J. Paillusseau, *La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote*. *Rec. Dalloz*, 2008 p. 1563 : « la société par actions simplifiée est le royaume de la liberté contractuelle dans le Droit des sociétés »

l'article L. 227-9 du Code de commerce, les associés disposent d'une large liberté pour déterminer les décisions qui relèvent de leur compétence et celles dévolues aux dirigeants ou représentants⁴⁹⁶. Mais en dépit de cette liberté, ce texte mentionne certaines prérogatives qui ne peuvent être exercées que par la collectivité des actionnaires dans les conditions prévues par les statuts. Il s'agit des prérogatives des assemblées générales ordinaires et extraordinaires des sociétés anonymes en matière « d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de cession, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaire aux comptes, de comptes annuels ou de bénéfices».

Bien qu'il fasse référence aux règles relatives aux assemblées générales de la SA, le législateur laisse aux statuts de la SAS une grande marge de manœuvre dans l'organisation de ses assemblées. Il revient à la collectivité des associés, dans les conditions et la majorité que déterminent les statuts, de prendre les décisions énumérées à l'article L. 227-9. Il s'ensuit que cette majorité pourrait être relative, absolue ou qualifiée. Mais il est exclu qu'une minorité puisse imposer sa volonté⁴⁹⁷.

253. Cependant, en dehors de ces attributions, aucune décision collective n'est imposée, cette majorité n'étant ainsi requise que si elle est prévue dans les statuts. A ce titre, il est permis d'insérer une clause statutaire prévoyant que certaines décisions seront prises valablement par le président de la société sauf s'il s'agit de sa nomination, par le conseil d'administration s'il en existe un, par un associé minoritaire, ou de toute autre manière⁴⁹⁸. On peut également admettre que certains aménagements de pouvoirs soient réalisés au sein du conseil d'administration au profit du président ou de directeur général, voire même d'un comité de direction.

Le Conseil d'État français a, dans un arrêt rendu le 7 juillet 2007, approuvé la Cour administrative d'appel de Paris qui avait jugé légale la répartition des pouvoirs entre les dirigeants ensemble et entre le président du conseil et eux-mêmes. Ayant instauré un conseil d'administration doté de pouvoirs d'autorisation très étendus, les statuts d'une SAS (dite Société 2003 Production) prévoyaient que certaines décisions ne pouvaient être

⁴⁹⁶ Dans ce sens, cet article prévoit que « les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient ».

⁴⁹⁷ Voir M. Cozian et al., *op. cit.*, n°916, p.415. Voir aussi : P. Le Cannu, *le contrôle d'une SAS par la mère d'une société minoritaire et par le cadre de celle-ci*, note sous Conseil d'État. 6 juillet 2007. *Rev. soc.* p.104, qui écrit dans le même sens que « l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire de la SAS, lorsque les statuts l'instituent, n'a pas nécessairement les mêmes attributions, les mêmes modes de fonctionnement, voire la même composition qu'une assemblée d'une société anonyme ».

⁴⁹⁸ *Mémento Pratique Francis Lefebvre, sociétés commerciales, op. cit.*, n°16031, p.840.

adoptées qu'à la majorité de 75% des membres du conseil d'administration, notamment celles qui tendaient à autoriser le président à négocier, conclure, modifier ou résilier des conventions ou des opérations sortant du cadre normal des activités de la société ou portant sur des sommes supérieures à 250.000 €. Cette mise en tutelle du président était complétée par le fait qu'aucune décision du conseil d'administration ne pouvait être prise sans qu'un membre représentant la société *Warner Bros France* (associée minoritaire participant à hauteur de 34%) ne soit présent⁴⁹⁹.

254. Toutefois, la souplesse de ces règles a séduit les groupes de sociétés qui choisissent fréquemment cette structure, notamment pour les filiales communes et les filiales contrôlées à 100%. La société mère trouve dans ce régime une large possibilité pour aménager les pouvoirs dans sa filiale en les répartissant entre elle et le président ou le conseil d'administration, ou pour avoir des droits plus avantageux que ceux dont disposent ses coassociés : s'attribuer un nombre de voix différent de celui accordé à ses coassociés minoritaires, ou créer une clause statutaire exigeant, pour avoir le droit de vote, la détention d'un certain nombre d'actions dont elle est la seule détentrice.

255. Malgré cette flexibilité, les attributions évoquées à l'article L. 227-9 restent réservées à la collectivité des associés, selon les modalités déterminées par les statuts. Elles ne peuvent être attribuées au président de la filiale, même s'il représente la société mère à son assemblée générale. On exclut cependant des attributions non mentionnées, qui peuvent être réservées à la société mère associée majoritaire ou présidente de sa filiale SAS, ou à son dirigeant désigné présidents ou membres du conseil de cette société. Est également exceptée la filiale SASU constituée par une seule société mère, les prérogatives évoquées étant exercées d'une manière unilatérale par cette dernière.

Mais si la société mère cumule simultanément la qualité d'associé unique avec celle de président, elle ne peut mêler les compétences liées à chacune. C'est une différence avec le statut du président associé unique personne physique, qui peut accomplir certaines tâches afférentes à l'associé (C. com. art. L. 227-1, issu de la loi du 4 août 2008. On trouve difficilement une justification cohérente pour cette distinction.

III- L'organisation des pouvoirs au sein d'une filiale SARL

256. La constitution et la participation à la SARL ne sont pas en concours avec la qualité de personne physique, ni liées à un nombre minimum d'associés, car cette société

⁴⁹⁹ Voir le commentaire de cette affaire : *P. Le Cannu, idem, p 104.*

peut, depuis 1985, être créée par une seule personne. La société mère trouve souvent un terrain favorable dans cette forme sociale, qui ne l'oblige pas à s'y engager avec d'autres coassociés. Il en va différemment lorsqu'il s'agit d'une filiale SARL pluripersonnelle où les pouvoirs de décision dont disposent les associés sont comparables à ceux des actionnaires d'une SA. Ainsi, le droit de vote, s'exerçant par principe à l'assemblée générale des associés, est en lien avec les parts sociales (C. com. art. L. 223-28). Ce principe d'égalité, réputé d'ordre public, interdit de créer des parts sociales à droit de vote multiple ou sans droit de vote. Il en résulte ainsi que la société mère doit avoir une majorité effective dans le capital de sa filiale.

257. De surcroît, les règles de majorité sont différentes selon que la décision envisagée emporte ou non modification des statuts. Pour les décisions ordinaires, telles celles relatives à l'approbation des comptes annuels, à la désignation ou la révocation des dirigeants, à l'approbation des conventions réglementées, la majorité absolue est exigée. Lorsqu'il s'agit d'une deuxième convocation des associés, sauf stipulation contraire des statuts, la décision se prend à la simple majorité des voix exprimées, peu importe le nombre d'associés présents (C. com. art. L. 223-29). Pour les décisions extraordinaires, qui emportent modification des statuts, il faut distinguer selon que la SARL a été constituée avant ou après la publication de la loi du 02 août 2005. Si elle a été constituée avant cette date, la majorité exigée – comme aujourd'hui – est celle des trois quarts des parts sociales. Si la société a été constituée après cette date, des règles de quorum doivent être respectées : l'assemblée ne peut délibérer que si les associés présents ou représentés possèdent au moins sur première convocation le quart des parts, et sur deuxième convocation, le cinquième de celles-ci. Dans l'un ou l'autre de ces cas, les modifications des statuts sont décidées à la majorité des deux tiers des parts détenues par les associés présents ou représentés.

258. Toutefois, que cette société détienne dans sa filiale SARL le pouvoir de décision, ordinaire ou extraordinaire, elle doit respecter ses attributions légales. Elle n'a pas à déléguer ses prérogatives à d'autres associés ou aux gérants, même si ces derniers sont ses propres salariés ou dirigeants, ou à empiéter sur les compétences attribuées aux membres de gestion. Dans un arrêt rendu en novembre 2006, la Cour d'appel de Toulouse⁵⁰⁰ a rappelé cette dernière restriction en affirmant « qu'aucun élément de la cause ne permet de considérer que son droit (l'associé) d'intervention dans les affaires sociales au sein d'une

⁵⁰⁰ CA. Toulouse, ch. 02 SECT. 01, 16 nov. 2006 n° 05/04381.

société à responsabilité limitée, tel qu'il est réglementé par les articles L 223-1 et suivants du code de commerce ou par les statuts n'est pas respecté, à savoir (...), son droit de sanctionner la gestion de la société, dans le cadre des limites légales ou statutaires posées, lesquelles ne l'autorisent pas à empiéter sur les pouvoirs du gérant unique désigné et des autres organes sociaux⁵⁰¹».

De même, la société mère n'a pas non plus à prendre des décisions afférentes à l'assemblée générale extraordinaire tant qu'elle ne dispose pas de la majorité nécessaire. Il ne suffit pas en effet qu'elle détienne la majorité requise pour les décisions de l'assemblée générale ordinaire, d'autant plus que certaines décisions obéissant à des règles spéciales doivent être prises à l'unanimité des associés. Il ne suffit pas pour ces dernières que la société mère dispose d'une majorité du capital social, même très élevée. Ainsi, le transfert du siège social à l'étranger, le changement de nationalité ou la transformation en SAS, SNC ou en société civile.

259. Il doit enfin être souligné que l'article L. 223-18 du Code de commerce laisse aux associés le soin de fixer l'étendue des pouvoirs du gérant par les statuts. La société mère, associée majoritaire ou unique, peut à cet égard limiter à son profit les pouvoirs dévolus par la loi aux gérants de sa filiale SARL. Elle se conserve par exemple la compétence de procéder à l'apport partiel d'actif de sa filiale (une opération de sous-filialisation) à des sociétés en général ou à celles à risque illimité, ou à la vente ou l'achat de tout fonds de commerce⁵⁰².

A vrai dire, comme dans le cas des sociétés par actions simplifiées, cette dérogation aux règles générales devrait constituer une alerte importante pour les associés minoritaires des filiales ayant cette forme. En effet, la loi ne définissant pas l'étendue de cette limitation, en en laissant le soin aux associés, la société mère se trouve en mesure d'amoindrir les pouvoirs des gérants de ses filiales en faveur des objectifs nettement liés à l'intérêt du groupe, voire à son intérêt personnel⁵⁰³. A notre avis, il n'est concevable le cas

⁵⁰¹ Dans une autre décision rendue le 25 janvier 2012, la Cour d'appel de Riom a affirmé ce principe d'interdiction relativement au commissaire aux comptes. Au sens de cet arrêt : « *le commissaire aux comptes, (...) dont le statut interdit tout empiètement ou immixtion dans le pouvoir du dirigeant, qu'il s'agisse du pouvoir de gestion de la société contrôlée et/ou du pouvoir d'orientation de la politique sociale, n'est tenu que d'une obligation de moyens dans l'exercice des fonctions de certification des comptes de l'exercice, dans un cadre budgétaire délimité pour accomplir sa mission dans le respect des normes professionnelles* » ; (CA Riom, ch. com. 11/00753, 25 janv. 2012).

⁵⁰² Voir dans le même sens, CA Paris, Pôle 05 ch. 04 - 08/22852 - 09 févr. 2011.

⁵⁰³ Il faut tenir compte qu'une telle limitation ne relève que des rapports internes de la société, ceux entre associés. S'il s'agit cependant des rapports avec les tiers, ces clauses statutaires limitatives des pouvoirs ne peuvent produire aucun effet. Dans ce sens l'article L. 223-18 prévoit que « *les clauses statutaires limitant*

échéant de qualifier la société mère de gérant de fait pour retenir sa responsabilité à l'égard des associés minoritaires de la filiale SARL. En effet, cette qualité demande – comme nous le verrons plus tard – qu'une personne exerce sans avoir le titre de gérant le pouvoir de représentation, ou d'autres prérogatives, relatif à l'organe de gestion ou de direction. Elle implique par définition l'immixtion injustifiée de l'associé dans la gestion ou la direction sociale, ayant pour effet de tromper les tiers ou les autres associés sur le dirigeant ou le gérant légal. Dans ce cas de figure, que l'article L. 223-18 autorise aux associés d'élargir par des clauses statutaires l'étendue de leurs pouvoirs au dépens des attributions reconnues par aux gérants élimine toute possibilité d'attribuer cette qualité à la société mère.

Sous-section II : L'organisation des pouvoirs au sein d'une filiale à risque illimité

On peut diviser les pouvoirs qu'exercent les organes sociaux en deux catégories : des pouvoirs relatifs à l'administration et la direction de la société et des pouvoirs afférents aux décisions collectives.

I- Le pouvoir de décision

260. L'exercice du pouvoir de décision revient selon le Code de commerce à l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, titulaire de l'autorité la plus souveraine et efficace. Cet organe se compose en général de l'ensemble des associés, peu importe l'ampleur de leur participation, ou le fait qu'ils soient personnes physiques ou morales. La présence de la minorité est assurée par l'obligation de convoquer tous les associés quelque soit l'importance de leurs apports⁵⁰⁴. La tenue des assemblées générales se fait suivant des règles juridiques différentes en fonction du type social et de la décision à prendre. Lorsqu'il s'agit d'une société en nom collectif (SNC) ou d'une société civile, ce sont les statuts qui fixent en général les modalités de la réunion des assemblées, et les conditions dont dépend la validité des décisions à déterminer. Selon l'article L. 221-6 du Code de commerce concernant la première, « les dispositions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois, les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent ». Ce texte aboutit au même résultat que

les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers».

⁵⁰⁴ Il importe de signaler en la matière un antagonisme inexplicable entre l'article L. 223-29 du Code de commerce relatif à l'assemblée générale ordinaire, qui exige pour les décisions ordinaires une majorité absolue, et l'article L. 223-30 du même Code, relatif à l'assemblée générale extraordinaire, qui se contente d'une majorité de présence à quart et de vote à trois tiers (bien affaiblie par la loi du 2 août 2005). Il s'ensuit que les décisions extraordinaires sont désormais devenues beaucoup plus simplifiées que celles ordinaires.

celui de l'article 1852 du Code civil, relatif à la société civile, même si les deux découlent d'un principe différent. Ainsi selon ce dernier « les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux dirigeants sont prises selon les dispositions statutaires ou en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés ».

À la lecture de ces deux textes, on constate que lorsque les statuts déterminent les pouvoirs du gérant, les actes qui excèdent ces pouvoirs sont pris à l'unanimité des associés, sauf si ces statuts se contentent d'une majorité moins stricte⁵⁰⁵. Dans les délibérations, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Aucune disposition statutaire ou conventionnelle ne peut écarter ce droit ou soumettre son exercice à une condition particulière⁵⁰⁶. Chaque associé dispose en principe d'une seule voix quelle que soit l'importance de ses apports ; mais les statuts peuvent déroger à cette disposition en attribuant une voix à chaque part sociale. Par ailleurs, la loi reconnaît aux associés certaines attributions qui ne sauraient être réduites par les statuts. Il s'agit de la nomination et la révocation des gérants, la modification des statuts, l'approbation annuelle des comptes, le contrôle individuel des comptes et de la gestion. Les résolutions relatives à ces attributions se prennent en principe à l'unanimité des associés. Cependant, même dans cette occurrence, les statuts peuvent autoriser une majorité moins élevée⁵⁰⁷.

261. En appliquant ces dispositions aux assemblées générales d'une filiale à risque illimité, on constate que la société mère ne peut disposer davantage que ce que les statuts de cette dernière lui confèrent. Comme la loi ne permet pas la constitution de la SNC et de la SC par une seule personne, la société mère ne peut dominer les assemblées générales de sa filiale revêtant ces formes, car les décisions se prennent en l'espèce à l'unanimité des associés. Mais pour faciliter la gestion de cette dernière, les statuts peuvent prévoir que certaines décisions soient déterminées à la majorité du capital (C. com. art. L. 221-6). La société mère, créatrice ou associée majoritaire de sa filiale, se voit souvent contrainte de se mettre d'accord avec ses coassociés pour déroger aux règles d'unanimité en gardant certaines prérogatives décisionnelles. Elle partage en l'espèce la direction de sa filiale avec le gérant, qui peut lui-même être désigné à son initiative et soumis ainsi à son contrôle.

⁵⁰⁵ Voir pour la société civile, *Mémento pratique Francis Lefebvre, op. cit.*, n°8510, p. 208.

⁵⁰⁶ Voir pour la société civile, *CA Paris*, 7. 3. 2003, n°02-2216 : *RJDA* 10/03 n° 967, qui déclare en ce sens que « la clause des statuts d'une société civile prévoyant que ne seraient pas admis aux assemblées les associés qui n'auraient pas participé aux pertes dans les trente jours d'une mise en demeure n'autorise pas le défaut de convocation d'un associé n'ayant pas satisfait aux obligations mises à sa charge et l'assemblée tenue alors qu'il n'avait pas été convoqué est nulle ».

⁵⁰⁷ Voir *G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, op. cit.*, n°1201, p. 160.

Mais, même dans cette hypothèse, la société mère doit respecter ses attributions. Elle n'a pas à s'ingérer dans les compétences dévolues au gérant ou commissaire aux comptes lorsqu'il existe un. Sinon, ses coassociés minoritaires auront vocation à recourir au tribunal pour contester cette décision contraire à la loi ou aux statuts.

De ce fait, on peut conclure qu'il n'existe guère de règles impératives définissant clairement les lignes séparant les attributions dévolues aux assemblées générales de celles afférentes aux gérants. Il faudra se référer aux statuts de la filiale pour distinguer ce qui incombe à la société mère, associée majoritaire, de ce qui revient à la collectivité des associés ou aux gérants. Faute de précision statutaire, on devrait reconnaître au gérant le pouvoir d'exercer tout acte de gestion qui entre dans l'objet et l'intérêt social de la filiale. Pour le reste, il doit être soumis aux pouvoirs des associés.

262. Par ailleurs, le régime dualiste dont jouit la SCS⁵⁰⁸ semble pertinent pour la société mère, car permettant de gérer et de contrôler la filiale tout en profitant des participations externes dépourvues de droit à la gestion. De plus, cette société peut adapter les statuts de sa filiale à son libre exercice de contrôle sur ses assemblées générales. Elle ne rencontre guère de difficultés puisqu'elle est souvent sa fondatrice. Le principe de répartition des pouvoirs et de hiérarchie des organes s'avère en l'état suffisamment souple, si bien que cela laisse à cette société une grande faculté pour l'aménagement statutaire des pouvoirs au sein des assemblées générales de sa filiale.

Mais il faut se rendre compte que les associés commanditaires détiennent dans la gestion interne les mêmes droits que ceux de leurs collègues commandités. Les décisions collectives sont adoptées à l'unanimité des associés, sauf si les statuts prévoient d'autres règles de majorité (C. com. art. L. 222-5). Les modifications de statuts sont décidées avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires (C. com. art. L. 222-9, al.2). La société mère commanditée se prévaut ainsi vainement de ses participations majoritaires dans sa filiale pour priver ses coassociés commanditaires de leurs droits, y compris celui de participer aux décisions collectives.

⁵⁰⁸ Cette société regroupe deux types d'associés : commanditaire et commandité. Le statut du commandité est largement calqué sur celui de la société en nom collectif. L'article L.222-2 du Code de commerce déclare que les dispositions relatives à la SNC sont applicables à la SCS sous réserve de règles particulières. Cependant le statut du commanditaire semble plutôt similaire à celui de l'associé d'une SARL, car la responsabilité de cet associé est limitée à son apport au capital social. À l'égard de cette inégalité d'obligations, la direction de la société ne relève qu'aux commandités, à l'exclusion des commanditaires qui y sont interdits sous peine d'être soumis au même régime de responsabilité (C. com., art. L. 222-6, al.2).

II- Le pouvoir de direction

263. La gestion de la société à risque illimité peut être exercée d'une manière collégiale par deux ou plusieurs gérants, ou d'une manière singulière par un président. Lorsqu'il s'agit d'une filiale civile ou en nom collectif, les pouvoirs de gestion sont dévolus à un ou plusieurs gérants, personnes physiques ou morales, parmi les associés ou des tiers⁵⁰⁹. Il n'existe guère de dispositions impératives en la matière, les statuts organisant la gestion selon le bon vouloir des associés⁵¹⁰. Dans l'ordre interne, le législateur laisse aux statuts le soin de déterminer la plupart des pouvoirs de gestion et de décision. Ceux-ci « peuvent limiter ces pouvoirs et subordonner à l'autorisation préalable des associés la possibilité pour les gérants de conclure tel ou tel acte. Ils peuvent notamment stipuler que le gérant n'a pas qualité pour souscrire seul des effets de commerce, les souscrire au-delà d'un certain montant ou les souscrire à d'autres fins qu'un achat de marchandises⁵¹¹ ». En cas de violation de ces clauses, les associés peuvent intenter contre le gérant une action en réparation du préjudice subi de ce fait ou le révoquer sans dommages et intérêts, compte tenu de l'existence d'un juste motif⁵¹². S'il n'existe pas de clauses statutaires limitatives des pouvoirs des gérants, il est admis dans la jurisprudence que ces pouvoirs sont en rapport avec les actes de gestion accomplis dans l'intérêt de la société, et les décisions excédant ces actes devant être prises à l'unanimité des associés. Dans ce sens, la Cour d'appel de Versailles a condamné un chef gérant de file d'un pool bancaire constitué pour financer une opération immobilière qui, « sans requérir l'accord de la banque appelante, dont la participation était de surcroît consentie en risque et trésorerie, et sans justifier d'un mandat spécifique l'y autorisant, accorde seul une dispense partielle d'agios à un débiteur, et qui, sans y avoir été préalablement autorisé par l'ensemble des membres du pool bancaire, prend l'initiative de procéder à une mainlevée de garanties⁵¹³ ».

⁵⁰⁹ Dans ces deux types sociaux, la société mère dispose d'une large liberté. La seule restriction qui s'oppose en l'état relève de l'unanimité des associés que le droit exige pour la nomination des gérants. La société mère ne dispose ainsi d'aucun pouvoir souverain à cet égard, d'autant plus que les Codes de commerce français et libyen ne reconnaissent pas encore la société civile et en nom collectif unipersonnelle. Il est cependant possible de déroger à cette règle par un texte statutaire, prévoyant la nomination des gérants par une majorité absolue ou qualifiée. Cette dérogation est d'une grande importance pour la société mère, qui peut stipuler par les statuts de sa filiale, la majorité qui lui convient.

⁵¹⁰ M. Cozian et alter., *op. cit.*, n°1155, p.512.

⁵¹¹ Voir D. Gibrila, Société en nom collectif, Rép. Dr. soc. janv. 2003, dernière mise à jour sept. 2012, n°126 : « Dans l'ordre interne, les pouvoirs des gérants sont librement déterminés dans les statuts (C. com., art. L. 221-4, al. 1^{er}) ».

⁵¹² Comme dans la SARL, les clauses de ce genre sont inopposables aux tiers de mauvaise comme de bonne foi, encore que valables dans le fonctionnement interne de la société. S'il y a plusieurs gérants, chacun engage la société de la même façon.

⁵¹³ CA Versailles, CT0064, 26 sept. 2006, n° 54 : « Il est admis que les pouvoirs du gérant d'un pool

264. Toutefois, en appliquant ces règles à la société mère fondatrice et associée majoritaire de ses filiales, on s'aperçoit qu'elle est à la fois libre et contrainte face à la direction de ces dernières. D'une part, elle dispose d'une large liberté dans le choix de leurs gérants : elle peut s'octroyer elle-même cette fonction, ou l'attribuer à l'un de ses salariés ou dirigeants, ou à une autre filiale. D'autre part, lorsqu'elle occupe un poste de gérant dans sa filiale, elle doit respecter l'objet et l'intérêt social de celle-ci. Elle ne peut violer les clauses statutaires limitant ces pouvoirs, ou empiéter sur les attributions dont les associés gardent l'exercice.

Conclusion du chapitre

265. Dépourvus de personnalité juridique, les groupes de sociétés ne sont pas sujets de droit. Celle-ci est accordée à leurs composantes en tant qu'entités autonomes et distinctes. Elle ne peut être affectée par la seule affiliation d'un groupe. Cette réalité peut davantage servir les associés minoritaires des filiales dans la mesure où elle implique de les traiter sur le même pied d'égalité que ceux d'une société isolée. Ils jouissent en effet de tous les droits liés à leur qualité d'associé, tels le droit de faire partie de la société, de ne pas augmenter leurs engagements, d'être au courant de la vie de la société, de participer aux décisions collectives, de tirer profit des résultats sociaux. La qualité d'associé majoritaire ou de dirigeant ne permet pas à la société mère de modifier les statuts de sa filiale ou de prendre des décisions collectives ou des actes de direction ou de gestion de nature à porter préjudice aux associés minoritaires de cette dernière.

266. De même, la personnalité morale indépendante des sociétés membres du groupe participe à la sauvegarde des droits de leurs associés minoritaires. En effet, la société mère, en tant qu'associée majoritaire de ces dernières, ne peut s'attribuer les pouvoirs reconnus aux organes de direction ou de contrôle qu'en respectant les procédures adoptées en la matière. Et lorsqu'elle exerce une fonction sociale, elle n'a pas à empiéter sur les prérogatives dévolues aux autres organes. En d'autres termes, la soumission des sociétés membres du groupe aux mêmes règles appliquées aux sociétés isolées amène à protéger leurs associés minoritaires contre toute immixtion injustifiable de la part de la société mère.

bancaire, convention sui generis, comme ceux du gérant de la société en nom collectif auquel le pool est assimilé, sont limités aux actes de gestion accomplis dans l'intérêt de la société, les décisions excédant ces actes de gestion devant être prises à l'unanimité des associés

Néanmoins, si le législateur laisse les associés minoritaires des filiales régis par les règles générales du droit commun des sociétés, c'est avec souplesse et adaptation qu'il organise les rapports de travail dans le cadre du groupe, notamment lorsqu'il s'agit du licenciement des salariés pour motif économique

Titre II : La protection du personnel de la filiale

267. Au sein du groupe de sociétés, la personnalité juridique et ses mécanismes classiques ne protègent pas suffisamment les droits des salariés. Le contrat de travail passé entre une filiale et son salarié n'astreint (en principe) que ces deux parties. La société mère et les autres sociétés liées à son groupe sont considérées comme tiers non-responsables en cas de violation de ce contrat par la filiale débitrice⁵¹⁴. Comme l'affirme un auteur⁵¹⁵, « la seule domination capitaliste ou économique que peut détenir la société-mère sur la filiale est insuffisante en elle-même pour la qualification d'employeur dès lors qu'elle n'est pas confirmée par le pouvoir de direction du personnel ». Dans une affaire déjà ancienne, la Chambre sociale de la Cour de cassation⁵¹⁶ refusa de reconnaître la compétence du Conseil des Prud'hommes du ressort duquel se trouve le siège de la société mère, au motif que celle-ci n'était pas l'employeur du salarié. Plus récemment⁵¹⁷, la même Chambre refusa l'attribution de la qualité d'employeur à une société mère d'un groupe dont la mission ne s'étendait pas au contrôle du travail et au licenciement des salariés engagés par son intermédiaire, bien que son objet fût de fournir différents services aux sociétés du groupe, notamment en ce qui concerne la gestion du personnel.

Cependant, le problème réside en pratique dans les liens de subordination entre les filiales et leur mère, qui peuvent être tellement fermes qu'ils introduisent un éclatement de l'exercice des prérogatives patronales en faveur la maison mère⁵¹⁸. Ce problème apparaît nettement lorsque la société mère décide, dans le cadre d'une politique commerciale du groupe, de la dissolution d'une filiale ou de la fermeture de son marché d'exportation, ce qui entraîne souvent une suppression massive d'emplois.

268. La jurisprudence, consciente ainsi des limites du contrat de travail dans les groupes de sociétés, a forgé la notion d'« unité économique et sociale » (UES), à propos notamment du reclassement des salariés en cas de licenciement par une société affiliée

⁵¹⁴ Voir en ce sens : M. Claire, *Le groupe de sociétés au regard du droit social*, Lille thèse, 2001, n°22.P.18, il écrit : « le salarié du groupe est avant tout celui de l'une des sociétés liées ».

⁵¹⁵ M. Claire, *idem*. Voir encore en ce sens : P-Y. Verkindt, *Le groupe de sociétés et le Droit du travail*, op. cit., n°84, p.56 « L'appartenance de l'employeur à un groupe de sociétés n'entraîne pas des conséquences particulières sur l'exercice de son pouvoir de direction à l'égard des salariés de l'entreprise ».

⁵¹⁶ Cass. soc. 29 mai 1973, n°72-10.664.

⁵¹⁷ Cass. soc. 5 mai 1986.

⁵¹⁸ M. Gaye, *L'influence du groupe de sociétés sur la relation individuelle de travail*, thèse de doctorat soutenue en 2007 à l'université de Rennes I, n°134, p. 7. « Si le salarié est engagé par une société membre du groupe, dans sa carrière, il peut être placé sous l'autorité des autres sociétés du groupe » ; A. Lyon, J. Maillard, *La mise à disposition de personnel*, Dr. Soc. 1981, p.320.

d'un groupe, et de l'organisation du comité de groupe. Elle relève alors que plusieurs sociétés distinctes constituent un ensemble économique, pour retenir l'existence d'une seule entreprise⁵¹⁹. Elle s'est, de même, attachée depuis longtemps à l'emploi de la théorie de l'employeur conjoint, considérant la société mère comme co-employeur des salariés de sa filiale. Cette théorie se fonde essentiellement sur les liens de subordination entre les filiales et leur mère, qui sont parfois tellement imbriqués que les salariés exercent leur travail indifféremment dans plusieurs sociétés⁵²⁰. La mise en œuvre de cette théorie permet alors d'appréhender le groupe de sociétés dans sa dimension globale en «gommant» en quelque sorte la pluralité des personnes morales qui le composent.

269. En outre, comme créanciers de la filiale employeur, les salariés peuvent bénéficier de la procédure collective étendue pour confusion de patrimoine ou pour fictivité à une autre société du groupe. Ils disposent également de leur droit d'actionner en comblement de passif la société mère dirigeante de la filiale employeur si une faute de gestion a été constatée à son encontre et que la filiale employeur était déficitaire. Même si cette dernière est *in bonis*, ses salariés peuvent poursuivre la société mère dirigeante si une faute détachable des fonctions sociales a été constatée à son encontre. Nous reviendrons néanmoins sur la procédure collective et la faute détachable des fonctions sociales dans la seconde partie relative aux créanciers externes de la filiale.

Il convient dès lors de concentrer ce titre sur des problèmes plus particuliers aux salariés des filiales, consécutifs à des opérations intra-groupes. D'une part, la société filiale employeur peut procéder à la mobilité de certains cadres salariaux afin de les faire exercer leur carrière au sein d'une autre société du groupe. Cette mutation implique ainsi de s'interroger sur le sort du contrat de travail (1^{er} chapitre). D'autre part, la société mère peut se voir obligée, en vue de l'exécution d'une procédure de sauvegarde, à la restructuration de son groupe, touchant sensiblement les salariés de certaines filiales (2^{ème} chapitre).

519 Voir le mémoire de M. Mbala, *Les conventions intra-groupes de sociétés*, publié sur le site de l'université de Droit et de la santé-Lille2, 2004-2005 p.7

520 Voir M. Gaye, *thèse précitée*, n°167, p.93.

Chapitre I : La mobilité des salariés de la filiale

270. Le salarié d'une société faisant partie d'un groupe peut effectuer l'ensemble de sa carrière au sein de cette seule société, sans avoir nécessairement des rapports avec d'autres sociétés membres de ce groupe. Mais cette situation devient de plus en plus rare face aux pratiques adoptées en matière des groupes, où le parcours professionnel du salarié le conduit à travailler successivement ou parallèlement pour plusieurs sociétés⁵²¹. La société mère se trouve souvent dans l'obligation de prendre des mesures économiques qui peuvent affecter son propre personnel ou celui de ses filiales. Elle détache parfois un salarié dans une filiale afin de la contrôler ou de résoudre un problème technique dont la résolution nécessite un spécialiste compétent indisponible, ou pour faire face à l'absence prolongée d'un de ses salariés. Idem pour une filiale confrontée à un surcroît d'activité alors qu'une autre subit une diminution de sa charge de travail. Ce besoin s'impose lors de la création d'une succursale ou d'une filiale, auquel cas la société fondatrice se trouve contrainte d'y adjoindre un certain nombre de ses propres salariés.

Dans de telles hypothèses, l'affectation du personnel prend en pratique deux formes légales : le salarié de la filiale peut être employé dans une autre société du groupe de manière temporaire ou définitive (à titre de « prêt »). On parle dans le premier cas d'un détachement du salarié (1^{ère} section), et dans le second d'un transfert du salarié (2^e section). Dans les deux cas, l'acte de détachement ou celui de transfert pose en matière de groupes maintes questions sur ses effets relatifs aux rapports entre les trois parties contractantes : le salarié et la société filiale d'origine et la société d'accueil, mère ou sœur.

Section I : Le transfert du salarié de la filiale

271. Bien que les règles relatives au transfert s'appliquent aux salariés indépendamment de la nature juridique et de la position économique de l'employeur, il apparaît que ce mécanisme contractuel intervient d'une manière plus fréquente au sein de groupes de sociétés, entre société mère et filiale ou entre filiale et co-filiale. Il tend à la mise en application de la stratégie commune du groupe définie par la société mère, ou à une limitation de problèmes financiers posés au niveau du groupe. Force est de constater que le

521 Voir encore M. Claire, *Le groupe de sociétés au regard du Droit social*, op. cit., n° 262, p.138 : « si un salarié peut se voir confier un mandat social, il est plus fréquent encore de l'affecter successivement au sein de plusieurs filiales du groupe car ses compétences peuvent être utiles non seulement à l'entreprise qui l'a recruté mais aussi aux sociétés liées. Parfois cette affectation vise aussi au développement ou à l'enrichissement des capacités du travailleur qui, au retour de « mission » pourra se révéler utile à son employeur d'origine »

transfert à motif économique constitue en la matière la cause la plus évidente de la mutation des salariés, notamment au cours d'une crise économique mondiale, touchant durement le marché du travail⁵²². Cette situation met donc les salariés devant une alternative brutale : être mobilisés professionnellement et géographiquement, ou être exclus pour motif économique.

Souvent l'opération de transfert se réalise à l'initiative de la société mère par l'intermédiaire de ses salariés désignés au sein de ses filiales en qualité de dirigeants. Elle permet de réduire le nombre des employés dans certaines filiales en difficulté afin de combler un déficit de personnel dans d'autres sociétés. Elle peut également procéder ainsi en vue de profiter de personnes étrangères dotées de compétences particulières, en les recrutant dans ses filiales étrangères, pour les transférer ensuite vers la société mère ou vers d'autres filiales à l'intérieur. Autrement dit, cette technique pourrait exercer un rôle positif favorable au groupe de sociétés et conséquemment au pays d'accueil.

272. Plusieurs questions se posent à propos de cette notion :

Comment caractériser le transfert de salarié ? Celui-ci, implique-t-il une modification du contrat de travail comportant un changement d'employeur ? Le salarié transféré est-il en mesure de s'opposer à son transfert vers une autre société du groupe ? Le transfert peut-il être prévu au préalable dans une clause contractuelle ? Le salarié peut-il réclamer ses droits antérieurs au transfert à la société d'accueil, ou doit-il se retourner contre la société d'origine ? Y a-t-il lieu de parler dans ce contexte d'un «employeur conjoint» («co-employeur») ?

La réponse à ces questions appelle à envisager dans un premier temps la notion juridique de transfert de salariés et à aborder dans un deuxième temps les conséquences qui résultent de cette opération.

Sous-section I : Les caractéristiques du transfert de salariés

273. En dépit de l'absence de définition légale du transfert de salarié, la doctrine s'accorde sur l'effet essentiel de cette opération : la rupture du contrat de travail avec la société d'origine et la conclusion d'un nouveau contrat avec la société d'accueil. Selon *B. Boubli*, cette opération se traduit par la mutation d'un salarié d'une société vers une autre

522 Voir : *J-E Ray, Droit du travail, droit vivant, 18e éd., 2009-2010, n°354, p.246* : « il s'agit moins de savoir si *M. DUPONT* va accepter sa mutation de Grenoble à Nancy que de transférer des dizaines sinon des centaines de salariés d'un bout à l'autre de la France, avec de nouvelles conditions de travail en application de l'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences »

sans perspective de retour⁵²³. Autrement dit, ce terme désigne l'opération par laquelle deux sociétés conviennent du passage définitif d'un salarié de l'une à l'autre⁵²⁴. À cet égard, le transfert s'oppose à la mise à disposition d'un salarié auprès d'une autre société qui se caractérise par sa nature temporaire et par le maintien du lien contractuel avec la société d'origine.

De ce fait, il n'y a pas de transfert de salarié mais plutôt mise à disposition (dite aussi « détachement de salarié »), lorsque le travailleur demeure soumis à son premier employeur dont il continue de recevoir directement des instructions. Cette technique s'avère en pratique moins adaptée que celle du détachement lorsqu'il s'agit d'un groupe de sociétés où la société d'origine, mère ou filiale, se préoccupe souvent de maintenir son contrôle sur le salarié affecté. La technique la plus adéquate en l'occurrence est le détachement du salarié qui n'interrompt pas l'unité du contrat de travail.

274. Toutefois, le transfert de salariés est une opération triangulaire qui associe trois parties : l'employeur d'origine, le salarié et l'employeur d'accueil⁵²⁵. Il pose en pratique plusieurs questions relatives à ses aspects juridiques, à savoir : modification ou non du contrat de travail, nécessité ou non de l'accord du salarié, l'incidence des clauses de mobilité du salarié sur le contrat de travail, et la possibilité de prévoir le transfert du salarié par une convention ou un accord collectif intra-groupe.

I- Modification ou non du contrat de travail

275. L'appartenance de la filiale employeur à un groupe de sociétés ne vaut pas en soi pour le salarié de disposer de plusieurs contrats de travail car ce dernier n'est en relation contractuelle qu'avec la filiale. Ce principe a été clairement réaffirmé par un arrêt de la

523 B. Boubli, *Le groupe de sociétés et le droit du travail (la détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés)*, éd Panthéon-Assas, Paris 1999, n°34, p.23.

524 Voir aussi la thèse de M. Claire, *Le groupe de sociétés au regard du droit social*, op. cit., n°279. P.145. Il écrit que « le terme de "transfert", mesure définitive, est utilisé lorsque les liens contractuels avec l'entreprise d'origine sont rompus et qu'un nouveau contrat avec l'entreprise d'accueil est conclu ».

⁵²⁵ Le transfert de salarié ne doit pas être confondu avec le transfert d'entreprise, qui n'induit pas seulement un changement d'employeur, mais également un changement, voire une disparition du statut juridique de l'entreprise transférée en faveur de celle d'accueil. L'article L.1224-1 du Code du travail prévoit que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'entreprise, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Ce texte ne relève pas l'hypothèse du transfert de salarié, qui n'affecte pas les statuts de l'entreprise d'origine mais intègre ce dernier à l'entreprise d'accueil. Les opérations de mutation des salariés d'une filiale à une autre société membre de son groupe sont ainsi étrangères au champ d'application de ce texte dès lors qu'elles ne produisent pas de modification dans la situation juridique de la filiale initiale. La différence entre les deux situations se constate également par l'accord du salarié transféré. Alors que cet accord est indispensable en cas de transfert du personnel, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'un transfert d'entreprise où l'ensemble des contrats de travail est transféré avec l'ensemble d'éléments de ces contrats.

Cour de cassation⁵²⁶, rendu en janvier 2010. Selon cette décision, « l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ; qu'il en résulte qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier, d'une obligation de reclassement et qu'elle ne répond pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi⁵²⁷ ». Bien que portant sur le reclassement du salarié, cet arrêt établit dans la pratique une règle générale applicable à toute opération de nature à affecter les salariés des sociétés membres d'un groupe, y compris celle de transfert⁵²⁸.

276. Par ailleurs, on est en droit de s'interroger sur la possibilité de maintenir le même contrat de travail avec la filiale d'accueil, avec une simple modification. Autrement dit, est-il concevable que le contrat de travail d'origine se poursuive avec un simple changement d'employeur, ou faut-il considérer l'opération comme de nature à rompre le contrat initial et conclure un nouveau contrat ?

La réponse à cette question revêt en pratique une importance primordiale, compte tenu du fait que les conséquences juridiques de chacune de ces solutions ne semblent pas identiques. Si l'on décide que le contrat initial se poursuit avec une seule et simple modification d'employeur, les autres conditions de ce contrat n'auront pas à être négociées, soit : la nature de travail, la rémunération, la durée, la clause de non-concurrence (si elle existe), le lieu du travail, notamment ; et inversement si le transfert du salarié rompt le contrat de travail.

⁵²⁶ Cass. soc. 08-15.776 – 13 janv. 2010 – Bull. 2010, V, n° 5.

⁵²⁷ Voir aussi Cass. soc. 18 janv. 2011, n°09-69.199 ; Cass. soc. 10-13.897, 15 févr. 2012 ; Cass. soc. 10-23.657, 29 mars 2012. Selon ce dernier arrêt « l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ; que, à défaut d'une telle obligation légale, il ne résulte pas de l'accord d'entreprise du 25 juillet 2005 faisant état, d'un côté, d'une simple possibilité de reclassement d'un nombre limité de salariés dans la société LC MAITRE en cas de poursuite du contrat Volkswagen et indiquant, de l'autre, devoir examiner le cas des autres salariés et étudier un plan social pour tous, un engagement ferme de la société EURODEC INDUSTRIE, qui n'a pas la qualité d'employeur, de procéder au reclassement de l'ensemble des salariés de la société BRIFFAZ, et en particulier de Monsieur Y... ; qu'en jugeant que la société EURODEC INDUSTRIE avait violé l'engagement pris aux termes de l'accord du 25 juillet 2005 et engagé sa responsabilité extracontractuelle, la Cour d'appel a violé les articles 1134 et 1382 du Code civil ».

⁵²⁸ Voir dans le domaine du transfert, Cass. soc. 5 mai 2004, n° 901 F-P, Filali c/ SA Adislor. La Cour affirme dans ce sens qu'« Attendu, cependant, que le transfert du salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail qui ne peut intervenir sans son accord, peu importe que ces sociétés aient à leur tête le même dirigeant ». Voir encore H. Bardet, A. Beetschen, A. Charveriat et B. Gouthiart, *Les holdings*, guide juridique et fiscal, 4^{ème} éd. 2007, n°866, p. 277 : « Cette opération de transfert se caractérise par la conclusion d'un nouveau contrat de travail que le salarié est en droit de refuser. Il en est ainsi même si le transfert a lieu dans une société appartenant au même groupe ».

277. Il n'existe aucune règle législative afférente à cette question⁵²⁹. Selon la doctrine et la jurisprudence, le transfert de salarié est une opération qui implique une novation du contrat de travail par le changement d'employeur. M. Claire a écrit en ce sens que « lorsque l'opération de transfert est réalisée dans le cadre d'un groupe de sociétés⁵³⁰, il existe une relation triangulaire entre le salarié et ces deux sociétés (employeur d'origine et d'accueil). Les clauses contractuelles pourraient prévoir, par exemple, la reprise de certains avantages dont le salarié était bénéficiaire ou la prise en compte de l'ancienneté acquise précédemment». Mais, selon ce même auteur : à la suite de son transfert, le salarié n'a plus aucun contrat avec l'entreprise d'origine si l'entreprise d'accueil rompt le contrat de travail. Son contrat aura une valeur novatrice par changement d'un des contractants.

278. De son côté, la jurisprudence fonde ses décisions sur le maintien ou non du critère d'autorité ou de contrôle de l'entreprise d'origine sur le salarié durant toute la période de la mise à disposition⁵³¹. Ainsi, en cas de maintien du contrôle, les juges tendent à refuser la novation du contrat de travail, décidant de conserver le contrat d'origine. Cela se voit clairement dans le domaine des groupes de sociétés où la mutation s'effectue dans des sociétés étroitement imbriquées au point qu'elles sont dirigées par les mêmes mandataires sociaux et disposent d'une activité confondue⁵³². La Cour de cassation a eu en la matière plusieurs opportunités pour réaffirmer son intention. Dans un arrêt daté du 16 juin 1988⁵³³, elle a déclaré qu'« appréciant la valeur probante et la portée des éléments de fait qui lui étaient soumis, la Cour d'appel a estimé qu'il y avait entre les sociétés *BREGER AINE* et *SUD EMBLLAGE* des liens étroits, que l'activité de l'une prolongeait l'activité de l'autre et que toutes deux s'inscrivaient "dans une même finalité économique" ; que de ces constatations, non critiquées par le pourvoi, qui impliquaient que *M. X...* avait fait l'objet d'une simple mutation au sein d'un seul et même groupe; les juges d'appel ont, sans se référer à une quelconque modification dans la situation juridique de l'employeur, au sens des articles L. 122-12 et L. 122-12-1 du Code du travail, déduit la continuation du contrat de travail initial⁵³⁴ ».

529 Voir *M. Claire*, *op. cit.*, n°275, p.149.

530 Le groupe de sociétés a été défini, en matière de transfert de salariés, par une jurisprudence récente comme «*l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite société-mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de gestion* ». (CA. Metz, 9 mars 2010, n°07/02302)

531 *M. Claire*, *op. cit.*, n°284, p.148.

532 Voir Cass. soc. 24 mars 1969.

533 Cass. soc. 16 juin 1988, n° 85-45.874.

534 Commentant la première affaire, *M. Claire (idem)* estime que la confusion des dirigeants et des activités

II- La nécessité d'un accord du salarié

279. Le transfert de salarié est une modification du contrat, comportant une novation par changement d'employeur. L'accord du salarié est en principe nécessaire⁵³⁵. Le contrat primitif est rompu, et la société d'accueil devient ainsi employeur⁵³⁶. La société d'origine doit à ce titre proposer au salarié à transférer la modification de son contrat et obtenir son accord avant de procéder à son transfert. La proposition, envoyée au salarié par une lettre recommandée, doit contenir tous les éléments nécessaires à l'information de ce dernier, c'est-à-dire l'objet de transfert, l'employeur d'accueil, le lieu et la nature du nouveau travail. Le salarié dispose toujours de son droit à refuser cette proposition sans qu'il soit jugé fautif, sur ce seul motif⁵³⁷. À défaut qu'on lui propose et qu'on l'informe des conditions exactes, le salarié peut contester sa mobilité et obtenir la nullité de son transfert. Dans ce sens la jurisprudence déclare de façon constante que le transfert d'un salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail qui ne peut intervenir sans son accord. Dans un arrêt rendu le 10 octobre 2006, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur cette question⁵³⁸. Il s'agit en l'espèce d'une société française dénommée *KODAK-PATHE* qui avait une succursale à Marne-la-Vallée où quarante-six salariés occupaient des tâches différentes. En octobre 2000, un centre européen de distribution a été créé, dont la direction a été confiée à la société *CATERPILLAR* France. La société *KODAK-PATHE* avait transféré à cette dernière les contrats de travail de quarante-six salariés aux mêmes conditions de rémunération et de lieu de travail. Un certain nombre de salariés n'acceptant pas ce changement d'employeur ont assigné la société *KODAK-PATHE* devant le Conseil de Prud'hommes pour obtenir leur réintégration en son sein ainsi que des dommages et intérêts. On ignore ce qu'avait décidé le Conseil de Prud'hommes, mais la Cour d'appel de Versailles a débouté les salariés en estimant que les parties avaient appliqué scrupuleusement l'article L. 122-12 (devenu l'article 1224-1 du Code du travail) et que le consentement des salariés à cette modification de leur contrat résultait de ce qu'ils ne

crée aux yeux du travailleur une incertitude sur son véritable employeur, ainsi que l'absence d'une conscience suffisante sur les modifications qui affectent son contrat de travail lors de son transfert au service d'une autre filiale. Il a ainsi écrit que « pour les juges, la solution est de regarder le groupe comme une seule et même entreprise. Le salarié qui est transféré d'une filiale à une autre se trouve alors dans une situation identique à celle du travailleur muté dans un établissement d'une entreprise unicellulaire.

535 Mémento Pratique Francis Lefebvre, social, 2009, 17360, p.256.

536 Voir aussi : G. Auzero, *Les clauses de « mobilité » intragroupes condamnées*, note sous cassation sociale 23 sept. 2009, pourvoi n°07-44.200., *Rev. dr. trav.* 2009, p.647.

537 Voir : P. Waquet, *Application volontaire de l'article L.122-12 du Code du travail*, *Rev. dr. trav.* 2006, p.391.

⁵³⁸ Cass. soc. 10 oct. 2006, n°04-46.134, *Bull.* 2006 VN° 294, p.281.

s'étaient pas opposés au transfert malgré leurs critiques et de ce qu'ils avaient effectivement commencé à travailler pour la société CATERPILLAR France. Cette décision a été cassée. La chambre sociale a ainsi déclaré dans sa dite décision que «lorsque les conditions de l'article L. 122-12, alinéa 2 ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail». Selon les termes de cet arrêt, il faut opérer une distinction claire entre le cas du transfert d'entreprise, régi par l'article 1224-1 du Code du travail, où le changement d'employeur provoqué par la modification de la situation juridique de l'entreprise s'impose aux salariés, et le cas du transfert de salarié où l'accord de ce dernier constitue un élément essentiel pour la validité du transfert. On ne peut contraindre un salarié à accepter le changement de son employeur : cette règle vaut pour tous les cas de transfert, que l'entreprise employeur soit une société isolée ou appartenant à un groupe.

280. Au demeurant, la proposition et l'information au salarié, ainsi que l'acceptation de celui-ci de son transfert doivent faire l'objet d'une preuve établie par l'employeur, nonobstant le motif du transfert. Il en sera ainsi pour la mobilité du salarié, justifiée par des raisons particulières, telles une incapacité ou inaptitude au travail, ou par des appréciations économiques de l'entreprise. Mais dans cette dernière occurrence, le salarié doit disposer d'un délai de réflexion d'un mois au minimum, dont le non-respect interdit à l'employeur de se prévaloir ni du refus ni de l'acceptation de la modification par le salarié⁵³⁹ (C. trav. art. L. 1222-6). Si le transfert est envisagé pour d'autres motifs, la loi ne fixe pas de délai minimum. Malgré cette absence, le salarié doit disposer d'un délai raisonnable dont l'appréciation revient toujours au juge du fond.

281. En outre, il est question de savoir si le salarié peut ou non s'opposer à sa mobilité. Selon l'article L. 1222-6 du Code du travail français, celui-ci doit donner sa réponse à l'issue du délai prévu ou apprécié. Si le transfert est dicté par des raisons économiques, le silence du salarié vaut acceptation de transfert. Mais si le transfert est dicté par d'autres

539 Cass. soc., 23 sept. 2008, pourvoi n°07-42.602. La Cour affirme dans cette affaire que « la modification du contrat de travail pour motif économique est soumise aux formalités prescrites par l'article L. 321-1-2 du Code du travail. Il en résulte que l'employeur qui n'a pas respecté ces formalités ne peut se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation de la modification du contrat de travail par le salarié ». L'article L. 321-1-2 du Code de travail, auquel se réfère ladite Cour prévoit que « Lorsque l'employeur, pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 321-1, envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec accusé de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ».

raisons, l'accord du salarié ne peut être tacite. En particulier, il ne peut être déduit de la simple poursuite du travail dans la nouvelle entreprise⁵⁴⁰. L'employeur, société filiale ou mère, devra dans tous les cas rapporter la preuve de l'accord du salarié. Faute de quoi, la validité de la mobilité peut être mise en cause par le salarié transféré. Parfois le transfert proposé implique au salarié une modification importante de ses conditions de travail, telle qu'un changement du lieu de travail, de fonction ou de salaire, ce qui le motive à refuser sa mobilité. L'employeur, société filiale ou mère, ne peut en l'état lui imposer le transfert contre sa volonté même si celui-ci est envisageable dans une société du même groupe. Il doit ainsi renoncer au transfert.

282. Il convient encore de s'interroger sur la possibilité pour l'employeur, filiale ou mère, de procéder au licenciement de son salarié qui refuse le transfert.

Lorsque le transfert proposé est dicté par des motifs économiques, l'opposition du salarié pourrait mettre en péril l'intérêt de l'entreprise filiale ou mère. Cette dernière serait dès lors en droit de lui notifier son licenciement, mais elle doit motiver sa décision par des raisons économiques. En d'autres termes, pour que le licenciement du salarié soit légitime, il doit s'inscrire dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise, justifiée par la sauvegarde de la compétitivité de celle-ci⁵⁴¹.

283. De plus, la seule référence à l'intérêt de la filiale ou du groupe de sociétés ne suffit pas comme motif de transfert pour justifier le licenciement du salarié⁵⁴². Ainsi, le recours à une nouvelle technologie qui remplirait la tâche du salarié ne saurait en soi justifier le licenciement du salarié fondé sur son refus de transfert. De même, la filialisation

540 Voir : Cass. soc. 10 oct. 2006, n° 04-46.134 (n° 2233 FS-PB) Fabre et a. c/ Sté Kodak Pathé. Dans ce sens elle affirme qu'« Attendu que pour débouter les salariés de leur demande, l'arrêt attaqué, retenant qu'il ne s'agissait pas d'une application de plein droit de l'article L 122-12, alinéa 2, du Code du travail mais de son application volontaire énonce qu'ils ne se sont pas opposés au transfert critiqué et qu'ils ont effectivement travaillé pour la société Caterpillar logistics France à compter de la date prévue, manifestant par là leur consentement au dit transfert ; Attendu cependant que lorsque les conditions de l'article L 122-12, alinéa 2, du Code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail ; Qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

541 Dans ce sens la Cour de cassation a déclaré dans un arrêt rendu la 10 déc. 1996 que « si un salarié est toujours en droit de refuser la modification de son contrat de travail et si l'employeur, qui entend maintenir cette modification, est alors tenu de le licencier, le licenciement qui est prononcé n'est pas, en soi, dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il appartient au juge, saisi du litige, de rechercher si le motif de la modification constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement. Qu'en statuant alors qu'elle avait relevé que la mutation s'inscrivait dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise et sans rechercher si celle-ci n'était pas nécessaire pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise et ne caractérisait pas, en conséquence, une cause économique de licenciement, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

542 Cass. soc. 30 oct. 1997 n° 3924.

d'activités de l'employeur suppose que celui-ci procède au recrutement d'une partie de son personnel dans sa nouvelle filiale. Ce besoin n'a pas à lui-seul vocation à justifier le licenciement des salariés refusant leur transfert. En revanche, selon la Cour de cassation, le refus du salarié de changer de lieu d'affectation, rendu nécessaire par la perte du marché, constitue une cause de licenciement. Ainsi dans un arrêt rendu le 9 novembre 2005 elle a déclaré que « si le refus du salarié de changer d'employeur ne constitue pas en lui-même (...) une cause de licenciement, le refus du salarié d'accepter un changement d'affectation rendu nécessaire par la perte d'un marché, qui ne modifie pas le contrat de travail, constitue un motif de licenciement⁵⁴³ ».

284. En tout état de cause, l'employeur, société filiale ou mère, doit respecter la procédure requise en cas de licenciement. Il doit convoquer le salarié à un entretien préalable et lui notifier le licenciement en précisant ses motifs. Si le salarié, lors de l'entretien, accepte la modification qu'il avait tout d'abord refusée, l'employeur ne pourra pas rompre le contrat. Pendant le préavis, le salarié à licencier doit bénéficier des conditions prévues dans son contrat de travail. Ainsi, s'il refuse le transfert de son lieu de travail de la filiale à une autre société du groupe, filiale employeur doit le maintenir. Mais si ce maintien devient impossible, tel qu'en cas de mutation géographique liée au déménagement de l'entreprise, l'employeur doit dispenser le salarié d'effectuer son travail pendant le préavis.

III - Incidences des clauses de mobilité

285. Dans un groupe de sociétés, la société mère ou sa filiale trouve assurément intérêt à stipuler dans les contrats de travail des clauses de mobilité lui conférant la possibilité d'affecter ses salariés dans d'autres entreprises du groupe. Il est question de connaître la portée d'une telle clause sur l'opération de transfert⁵⁴⁴. La Cour de cassation⁵⁴⁵ a eu l'occasion de se prononcer sur cette question (relative, en l'espèce, à un groupe de sociétés), tout en affirmant qu'une telle clause ne peut qu'être qualifiée de nulle. Dans cette affaire, un salarié avait été engagé en 1999 par la société Renault France automobiles

543 Cass. soc. 9 nov. 2005 n° 2403.

544 Est en l'état exclue la clause de mutation de salariés au sein de la même société, dont la validité est reconnue par la jurisprudence française sous réserve que le champ d'application de cette clause soit définie d'une manière claire et précise. Dans ce sens la Cour de cassation affirme : « Une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée » (cass. soc. 07 juin 2006, n°04-45.846). Voir aussi, *Mémento Pratique* Francis Lefebvre, 2009, 17370, p.257.

545 Cass. soc. 23 sept. 2009 n° 07-44.200.

(filiale de la société *Reagroup*) pour exercer des fonctions de responsable du service marketing auprès de l'établissement de Caen (devenu société Renault France automobile Val de Seine). Il signa avec cette dernière un avenant à son contrat de travail par lequel il acceptait l'ajout d'une clause de mobilité stipulant qu'il pourrait être amené à exercer ses fonctions dans toute autre société de Renault France automobiles, et que la mise en œuvre de cette clause donnerait lieu à la rédaction d'un nouveau contrat auprès de la société d'accueil. Ayant refusé une mutation annoncée vers une autre société du groupe, ce salarié a été convoqué à un entretien préalable au licenciement par le directeur des ressources humaines (DRH) de la société *Reagroup*, puis licencié par cette dernière pour non-respect de la clause de mobilité par lettre du 03 janvier 2006. La Cour de cassation reprocha à la Cour d'appel d'avoir constaté qu'une telle clause était licite, faisant état d'une mutation d'un salarié entre sociétés d'un même groupe. Elle déclara ainsi que ce salarié « ne peut accepter par avance un changement d'employeur ; qu'en statuant ainsi, alors que la clause de mobilité par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale, est nulle, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ⁵⁴⁶ ».

La Cour de cassation, comme on le constate, n'a pas explicité la raison pour laquelle elle a remis en cause la licéité de cette clause, mais on pourrait néanmoins imputer cette lourde conséquence à l'ambiguïté qu'introduit la clause dans l'objet du contrat de travail. Ce contrat reste soumis aux règles du droit commun exigeant que son objet soit « déterminé ou déterminable ». L'obligation de préciser les lieux et conditions de la mobilité devrait, au regard des conditions de la validité des contrats, être appliquée ⁵⁴⁷.

IV- Le transfert de salariés prévu par convention ou accord collectif

286. La convention collective est un acte conclu entre un ou plusieurs syndicats représentants de salariés, et un employeur ou un ou plusieurs syndicats d'employeurs, lequel détermine les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que les garanties sociales des salariés ⁵⁴⁸. Au sein des groupes de sociétés, cette convention se négocie et se conclut entre la société-mère (ou les représentants des filiales intéressées par le champ de la convention) et les organisations syndicales de salariés représentés dans

⁵⁴⁶ Voir encore : *Cass. soc.*, 23 nov. 1999, n°97-41.295.

⁵⁴⁷ Voir en ce sens : *M-A. Moreau, La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire : quelques réflexions à partir d'une analyse comparée* « <http://www.travail-solidarite.gouv.fr> », p.62.

⁵⁴⁸ Voir, *A. Coeuret, B. Gauriau et M. Mine, Droit du travail, Sirey université, 2006, n°23, p.17.*

le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention⁵⁴⁹.

La validité d'une telle convention est subordonnée depuis le 1^{er} janvier 2009 (date d'entrée en vigueur de la loi 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail) à l'existence de deux éléments essentiels⁵⁵⁰ : la signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives, ayant recueilli dans les entreprises comprises dans le périmètre de cet accord au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires des comités d'entreprises ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ; l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés, ayant recueilli dans le même périmètre la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants.

287. Par ailleurs, la convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application, constitué de tout ou partie des entreprises des sociétés constitutives du groupe. Ladite loi n'a pas établi une notion précise de groupe d'entreprises. On ne peut néanmoins laisser cette définition à l'initiative des parties⁵⁵¹, c'est-à-dire des entreprises du groupe et des syndicats, car c'est un élément essentiel pour l'application de cette loi. A notre avis, cette définition devrait, de préférence, relever de l'appréciation des juges compétents, à qui il incombe de retenir l'existence des rapports réels de subordination entre les entreprises dominées et celles dominantes⁵⁵². En outre, malgré le principe d'équivalence, accord entreprise / accord groupe, posé par la loi, ce dernier ne peut valablement comporter de dispositions dérogatoires à celles qui sont applicables en vertu des conventions de branche ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises du groupe, sauf si ceux-ci le prévoient expressément⁵⁵³.

549 *Mémento Pratique Francis Lefebvre, social*, 2009, n°51920, p.780.

550 La nature juridique de tels accords était incertaine jusqu'à ce que la Cour de cassation reconnaisse à un accord de groupe la valeur d'un véritable accord collectif de travail (*Cass. soc.* 30/04/2003, n°01-07.027). Cette analyse a été adoptée par la loi du 04 mai 2004. Voir : *J-E Ray, op. cit.*, n°1081, p.704 ; *Mémento, groupes de sociétés*, n°18010, p.1145.

551 *Comp. : Mémento Pratique Francis Lefebvre, op. cit.*, n°51920, p.780 : « La loi ne définissant pas la notion de groupe, les parties semblent avoir toute liberté à ce sujet ».

552 La Cour d'appel de Metz a récemment défini le groupe de sociétés dans le but d'apprécier la mobilité de salarié d'une société à une autre qui appartiennent au même groupe. Elle déclare en l'espèce qu'« attendu qu'un groupe se définit comme l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite société-mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de gestion ». (Voir *CA. Metz*, 9 mars 2010, n°07/02302)

553 *J-E Ray, op.cit.*, n°1086, p.705

288. Touchant notre étude, il importe, lorsqu'il s'agit d'une clause de transfert de salariés, stipulée dans une convention collective d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises, d'examiner la validité de cette clause et la nécessité de l'accord du salarié. Il est certain que la réponse à cette question revêt une importance majeure dans le cadre du groupe, où l'organisation de l'emploi et du travail s'insèrent dans la stratégie commune des sociétés membres, qui assurent le bon fonctionnement du groupe. En effet, l'introduction dans la convention ou l'accord collectif de groupe, d'une clause de mobilité de salariés confère à la société mère et à ses filiales une liberté beaucoup plus large que d'introduire cette clause dans les contrats de travail d'une manière individuelle, car elle sera applicable à l'ensemble des salariés compris dans son périmètre. Comme l'objet des conventions et accords collectifs est de définir l'ensemble des conditions d'emploi et de travail des salariés⁵⁵⁴, il n'est pas interdit de prévoir par ces conventions la mutation des salariés des groupes de sociétés. Mais en l'occurrence, la convention ou l'accord collectif doit fixer de façon claire les conditions à remplir pour que tout ou partie des salariés d'une filiale ou de l'ensemble des sociétés regroupées puissent être transférés⁵⁵⁵.

289. L'accord ou la convention de groupe doit s'appliquer sur toutes les sociétés entrant dans son champ d'application, pouvant englober tout ou partie du groupe. Quant aux accords propres aux sociétés membres du groupe, ils ne s'appliquent qu'à leur propre personnel sans que les salariés des autres sociétés du groupe puissent en revendiquer les bienfaits, même s'ils forment ensemble une entité économique et sociale⁵⁵⁶. Comme l'affirment *Charveriat* et ses coauteurs⁵⁵⁷, « Les filiales ne sont pas soumises de plein droit à la convention collective applicable à la société-mère, pas plus qu'à la convention dont relève l'activité principale du groupe ou à la convention collective la plus favorable. Chaque société reste donc en principe soumise à son statut conventionnel propre, et ses salariés ne peuvent pas réclamer, pour la seule raison qu'il y a des liens de groupe, les avantages issus du statut conventionnel d'une autre société ».

290. Néanmoins, nonobstant qu'il s'agisse d'un accord collectif relatif à l'ensemble des sociétés membres du groupe ou à certaines d'entre elles, une fois réunies les conditions requises pour l'application de cet accord, ce dernier sera obligatoire pour les sociétés employeurs de la même manière que pour leur personnel. Selon l'article L. 2232-33 du

554 Voir *Mémento social*, op. cit., n°51930, p.781.

555 P. Waquet, *Transfert conventionnel du personnel et représentants des salariés.*, Rev. dr. trav. 2008, p.176.

556 Cass. soc. 02/12/2003, n°01-47.010.

557 Voir *Mémento, groupe de sociétés*, op. cit., n°18055, p. 1150.

Code du travail, la convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise. Il s'ensuit que la clause de mutation, prévue par l'accord de groupe, peut être applicable aux salariés d'une filiale entrant dans son champ d'application, même si ces derniers s'y opposent. La principale condition en la matière est que cette clause soit définie de façon explicite⁵⁵⁸.

291. De même, l'employeur d'origine, que ce soit la société filiale ou mère, est également obligé de respecter la clause de mutation prévue dans la convention collective. Il n'a pas à faire obstacle à la mobilité du salarié ou à l'imposer contrairement à la loi ou aux conditions stipulées par la convention collective. Comme la loi impose à l'employeur sortant le respect de la procédure de licenciement⁵⁵⁹, la responsabilité de ce dernier doit être engagée en cas de manquement à cette obligation⁵⁶⁰. De même, si la procédure collective prescrit que les salariés d'une filiale ne peuvent être mutés que dans la société mère ou dans certaines filiales définies, ou qu'ils ne peuvent être transférés avant une période déterminée, la filiale employeur ne saurait contrevenir à cette condition. Il en est d'ailleurs de même pour la société filiale ou mère, employeur d'accueil, liée par une convention collective de groupe, qui n'est pas en mesure d'empêcher les salariés d'une autre société du groupe d'occuper de nouveaux postes si les conditions de leur transfert vers elle sont remplies. La Cour de cassation⁵⁶¹ a eu l'occasion de décider en 1998 que « lorsqu'il est prévu par convention ou accord collectif, le transfert des contrats de travail ne s'opère pas de plein droit, mais suppose que les entreprises se succédant sur le marché remplissent certaines conditions. Si ces conditions sont remplies, les contrats de travail passent conventionnellement de l'entreprise sortante à l'entreprise entrante. Le nouveau détenteur du marché est alors obligé de reprendre les salariés qui y étaient affectés, son refus s'analysant en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ». Cet arrêt n'a pas en revanche défini la sanction que l'entreprise d'accueil (entrante) doit supporter en cas de refus de

558 Voir encore *J-E. Ray, op. cit.*, n°393, p.273, qui signale en ce sens que « Si l'accord collectif qui prévoyait une clause de mobilité a été remis au salarié, il s'applique sans possibilité de refus : effet impératif et automatique des conventions collectives à conditions que le salarié ait été informé de son existence et mis en mesure d'en prendre connaissance ».

559 Au sens de l'article L. 1232-2 du Code de travail, l'employeur qui envisage le licenciement d'un salarié doit avant tout convoquer ce dernier à un entretien préalable.

560 *Cass. soc. 2 déc. 2009, n° 08-43.722*. Confirmant l'arrêt d'appel qui avait condamné la société employeur sortant de rupture sans juste motif du contrat de travail, la Cour déclara ainsi qu' « attendu que la Cour d'appel, qui n'était saisie d'aucun recours en garantie de la société ISP contre la société Audit sécurité et qui a constaté que la première avait pris l'initiative de rompre le contrat de travail de son salarié, sans procédure de licenciement, en a exactement déduit que, le changement d'employeur organisé par l'accord ne s'opérant pas de plein droit, la société ISP était tenue au paiement d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

561 *Cass. soc. 15 juill. 1998, Bull. civ. V. n° 377*

reprise des contrats de travail dont les conditions de transfert sont réunies. Une question se pose ainsi : qu'advient-il si celle-ci n'exécute pas ses obligations ? Le transfert n'est pas de plein droit. Comme l'affirme un auteur⁵⁶², il est impossible de résoudre la difficulté en soutenant que c'est désormais l'entreprise entrante qui est le nouvel employeur des salariés concernés. C'est au juge de préciser laquelle des deux entreprises, a effectivement fait obstacle au transfert des contrats de travail.

292. Dans une affaire récente, la Cour de cassation⁵⁶³ a considéré l'entreprise d'accueil comme responsable du fait de son refus de la reprise des contrats de travail dont les conditions de transfert étaient remplies. Elle a soutenu en l'occurrence que « lorsque les conditions de fond de l'accord du 5 mars 2002, applicables aux personnels rattachés à la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité sont remplies et que, sans raison valable, la société entrante n'a pas rempli son obligation conventionnelle de convocation du salarié en vue de la reprise de son contrat de travail, refusant ainsi de poursuivre la procédure conventionnelle du transfert de contrat de travail, elle est responsable à compter de la date de la prise d'effet du marché de l'absence de poursuite du contrat de travail, qui lui est seul imputable ». En application de cette jurisprudence sur un groupe des sociétés liées par une convention collective, on s'aperçoit que la clause de transfert, introduite dans cette convention, doit être respectée par toutes les sociétés intéressées. Ainsi une société mère n'a pas à s'opposer à la mutation d'un salarié de sa filiale contrairement à un accord collectif lui imposant cette mutation, faute de quoi elle se voit imputer la responsabilité contractuelle issue de cette convention.

293. En outre, nous essayerons d'élargir la réflexion en nous demandant si le salarié peut cumuler cette action en responsabilité contractuelle avec l'action en responsabilité délictuelle, c'est-à-dire qu'il agit contre la société entrante ayant empêché sans juste motif le changement d'employeur, et la société sortante ayant pris l'initiative de la rupture du contrat en ne respectant pas la procédure du licenciement. Cette question s'avère du reste plus fréquente dans le cadre de groupes de sociétés où la société mère agit souvent de son propre chef en considérant le personnel de ses filiales comme s'il était affilié de la même entreprise collective. Par le biais de son salarié, désigné directeur général d'une filiale, elle procède à un transfert d'un ou plusieurs travailleurs de cette filiale sans respecter la

562 A. Fabre, *Contre qui le salarié peut-il agir en cas d'obstacle au transfert conventionnel de son contrat de travail ?* Rev. dr. trav. 2010, p.166.

563 Cass. Soc. 2 déc. 2009, n° 08-43.722.

procédure de licenciement, en les intégrant dans une autre filiale, selon des conditions moins favorables que celles prévues dans l'accord collectif du groupe. La filiale d'origine contrevient à la loi par son inobservation de la convention collective, engageant du coup sa responsabilité délictuelle fondée sur 1382 du Code civil. La filiale d'accueil passe également outre la convention collective, engageant sa responsabilité contractuelle. La question se pose ainsi de savoir si le salarié dispose d'un choix entre ces deux types de responsabilités ou s'il ne jouit que d'un seul ?

La Cour de cassation, statuant récemment sur cette question, a condamné à titre exclusif la société sortante pour son ignorance de la procédure de licenciement, sans pour autant se prononcer sur la responsabilité de la société entrante qui s'était opposée à l'accueil du salarié transféré. A. Fabre⁵⁶⁴ constate dans son commentaire de cet arrêt que la Cour suprême « ne dit pas que le salarié peut « à son choix » demander au repreneur la poursuite de son contrat ou demander à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice causé ». Selon lui, il semble permis au salarié d'agir contre l'une ou l'autre des sociétés ou contre les deux en même temps s'il estime qu'elles ont contribué, chacune à leur manière, à la perte de son emploi. Cette opinion nous paraît d'autant plus pertinente lorsqu'il s'agit d'un salarié d'une société filiale, vu la position dominante qu'exerce la société mère, et qui rappelle que les filiales d'origine et d'accueil font partie d'une même entreprise. L'option ou le cumul offrent au salarié un gage important pour la continuité de son emploi dans l'une ou l'autre de ces sociétés, sinon pour l'octroi de son indemnité.

Sous-section II- Les conséquences du transfert sur le statut du salarié

294. Le transfert du salarié d'une société à une autre du même groupe pose différentes questions relatives au sort des droits de ce salarié, issus de son contrat de travail avec la société d'origine. Comme le fait observer *Verkindt*⁵⁶⁵, l'autonomie des contrats successifs ne paraît qu'artificielle dans un contexte économique unifié par la stratégie du groupe. La jurisprudence considère que la mobilité d'un salarié n'emporte qu'un simple changement d'employeur, mais ce changement fragilise certains droits originaires du contrat de travail. Il en va ainsi de la période d'essai, de l'ancienneté, des avantages contractuels, du mandat social, mais aussi du licenciement par la seconde société employeur, qui met en cause même la continuité du salarié.

⁵⁶⁴ Voir A. Fabre, *op. cit.*, p.106.

⁵⁶⁵ P-Y. Verkindt, *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, *op. cit.*, p. 54.

A- Période d'essai

295. Il s'agit d'une période durant laquelle l'employeur porte une appréciation sur les aptitudes du salarié, tandis que celui-ci vérifie s'il est disposé à poursuivre plus avant l'expérience. L'essai n'est pas automatique, mais il doit être prévu dans une clause contractuelle ou conventionnelle et prouvé par l'employeur⁵⁶⁶. La période d'essai s'impose donc au salarié pour la première fois lors de son contrat avec l'employeur et continue jusqu'à ce qu'elle arrive au terme prévu par le droit du travail. Pendant ce temps là, l'employeur peut librement rompre le contrat de travail, sans être tenu à recourir à une notification écrite.

296. Ces règles ne soulèvent pas de difficultés en pratique lorsque le salarié continue d'exercer son travail chez le même employeur. La question apparaît en cas de mobilité du salarié d'un employeur à un autre. On peut se demander s'il est possible d'imposer au salarié une période d'essai au titre de son nouveau contrat. Si l'on se réfère à la finalité de la période d'essai, la réponse doit être la négative. Comme on le sait, cette période est admise par la loi en vue de permettre à l'employeur et au salarié de se connaître et d'apprécier la compatibilité entre la candidature et le poste offert. Or, en cas de transfert d'un salarié dans une autre société pour l'exercice des mêmes fonctions, ses qualités professionnelles sont déjà connues du groupe⁵⁶⁷. On l'exposera en vain à une autre période d'essai.

La Cour de cassation a été convaincue de ce raisonnement. A plusieurs occasions, elle a réaffirmé qu'en cas d'une simple mutation d'un salarié au sein d'une entreprise appartenant à un même groupe, une nouvelle période d'essai ne peut être imposée au salarié si la mutation ne s'accompagne d'aucune modification de fonctions. Dans un arrêt relativement ancien⁵⁶⁸, elle a énoncé que les mutations de salariés, opérées au travers des sociétés d'un même groupe ne doivent pas être préjudiciables aux intéressés lorsque ceux-ci continuent d'exercer, après leur mutation, les mêmes fonctions qu'auparavant⁵⁶⁹. En conséquence, « lorsqu'un salarié en période d'essai fait l'objet d'une simple mutation au sein d'un même groupe, le point de départ de l'essai, initialement fixé à trois mois, part de

566 Voir A. Coeuret et alter, *Droit du travail*, op. cit., n°298 et s., p.220.

567 Voir, *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Groupe de sociétés*, 2009-2010, n°15321, p. 1055.

568 Cass. soc. 6 mai 1975, n° 235.

569 Elle déclare dans ce sens qu'« Attendu qu'en l'état de ces constatations, les juges du fond (...) ont estimé d'une part que FUSTY, en passant du service de la société ASSECO à celui de la société BARBOT, avait fait l'objet d'une simple mutation, au sein d'un seul et même groupe, d'autre part que le licenciement de FUSTY, le 24 mars 1972, était intervenu bien que la période d'essai de trois mois, dont le point de départ était le 8 novembre 1971, fût terminée ; qu'ainsi l'employé était fondé dans sa demande d'indemnité de préavis ».

son entrée au service de la première société, la seconde ne pouvant imposer à l'intéressé une deuxième période probatoire⁵⁷⁰»

297. Au demeurant, il faudrait tenir compte que la prohibition d'imposer au salarié une nouvelle période d'essai n'existe que si la nouvelle fonction est de la même nature que celle exercée auparavant dans la société d'origine. Lorsqu'elle est différente, la société d'accueil est en mesure d'engager le salarié pour une nouvelle période d'essai. En ce sens la Cour de cassation⁵⁷¹ a reproché à la Cour d'appel de Douai de ne pas avoir constaté que le salarié, transféré d'une société à une autre qui appartient au même groupe, avait exercé le même emploi de chef de cuisine « auprès du même employeur qui avait déjà apprécié ses capacités professionnelles, puis auprès d'une société franchisée au sein du même groupe hôtelier ».

B- Sort de l'ancienneté

298. La continuité dans la carrière du salarié s'exprime juridiquement dans la notion d'ancienneté dont la détermination est en rapport avec l'unicité du contrat⁵⁷². Lorsqu'il s'agit d'une mobilité d'un salarié entre deux sociétés membres d'un même groupe, la question majeure porte sur la prise en compte de la durée exécutée par le salarié au service de la société d'origine. Cette question se pose puisque, comme nous l'avons constaté plus haut, le transfert de salarié implique une novation du contrat de travail par changement d'employeur. À la suite de son transfert, ce salarié n'a plus aucun contact avec la société d'origine si la société d'accueil rompt le contrat de travail. Si on applique cette règle à la mobilité effectuée entre sociétés relevant d'un même groupe, on arrive à ce qu'elle soit de nature à fragiliser l'ancienneté et donc les droits et avantages qui s'y attachent. Comme l'a remarqué un auteur⁵⁷³, «la seule ancienneté que peut revendiquer le salarié est celle correspondant au dernier en date des contrats».

De ce fait, il est particulièrement important pour le salarié d'une filiale d'accueil de maintenir l'ancienneté acquise au sein de son employeur d'origine (filiale ou mère), eu égard à la fréquence de telles opérations au sein des groupes. Ce maintien est parfois prévu expressément par la loi : ainsi s'agissant du congé sabbatique et congé pour création et

570 A. Charveriat et alter, *Mémento groupe de sociétés*, op. cit., n° 15321, p. 1055 ; voir encore Cass. soc., 6 mai 1975, n°233.

571 Cass. soc. 28 sept. 2005 n° 2050.

572 P-Y. Verkindt, *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, op. cit., n°79, p.54.

573 J. Savatier, *Détachement ou mutation d'un salarié entre sociétés d'un même groupe et calcul de l'ancienneté* : Dr. Social 1994, p.542.

reprise d'entreprise pour exercer des responsabilités de direction au sein d'une entreprise répondant aux critères de « jeune entreprise innovante ». Selon l'article L 3142-107 du Code du travail, l'ancienneté requise pour bénéficier d'un de ces congés est calculée en tenant compte de l'ancienneté acquise dans toute autre entreprise du groupe. De plus, les parties aux contrats successifs pourraient convenir d'une reprise conventionnelle d'ancienneté. La poursuite des relations de travail avec l'employeur d'accueil implique d'ailleurs le maintien de l'ancienneté acquise chez l'employeur d'origine⁵⁷⁴. Ce maintien peut être prévu par une convention ou un accord collectif du groupe de sociétés. La société d'accueil doit alors respecter son obligation en prenant en considération pour le calcul de l'ancienneté du salarié la durée qu'il a passée au service de la société d'accueil.

299. Mais que se passe-t-il en l'absence d'une de ces hypothèses ? Doit-on rechercher *in fine* la diversité apparente des sociétés ou l'unité de l'entreprise du groupe pour en retenir une unité du contrat de travail ?

Selon une affaire traitée par la Cour de cassation⁵⁷⁵, l'ancienneté du salarié doit être calculée à compter de son engagement initial par la première société lorsque celle-ci et la société d'accueil appartiennent au même groupe et que le transfert du salarié entre ces deux sociétés, sans rupture du contrat de travail en cours, résulte d'une décision prise au niveau de ce groupe⁵⁷⁶. On constate dans cette affaire que la Cour rattache la reprise de l'ancienneté à la double condition de l'absence de rupture du contrat de travail et de la prise de décision des mutations au niveau du groupe. Cette exigence révèle en réalité que la reprise d'ancienneté suppose qu'il existe entre la société d'origine et la société d'accueil des intrications des activités qui montrent que ces deux sociétés font partie d'une même entreprise du groupe. Lorsque ces dernières sont sur le plan économique indépendantes, le salarié transféré passe par un recrutement véritable, qui induit pour lui une rupture de contrat, et ainsi d'ancienneté⁵⁷⁷.

C- Sort du salarié licencié par la seconde société

300. Il est envisageable que la société d'accueil procède au licenciement du salarié après son transfert. Il est dès lors question de savoir si ce dernier peut se retourner contre la société d'origine. Au sujet du détachement, le législateur français a institué au profit du

574 P-Y. Verkindt, *op. cit.*, n°79, p.55.

575 Voir à titre d'exemple *Cass. soc.* 14 déc. 2005 n° 2652.

576 Voir encore *Cass. soc.* 23 févr. 1994 ; *Cass. soc.* 18 févr. 1998 n° 868.

577 Voir dans le même sens P-Y. Verkindt, *op. cit.*, n°80, p.55.

salarié d'une société mère, mis par celle-ci à la disposition d'une filiale étrangère et licencié par cette dernière, un droit au reclassement dans la première. Cependant, il n'existe pas de texte particulier applicable au salarié transféré dans une société française. Celui-ci ne dispose ainsi, en principe, d'aucun droit à la réintégration dans la société employeur d'origine, qui n'est plus son employeur.

On peut néanmoins se demander si cette dernière est à l'abri de toute poursuite judiciaire. En effet, il n'est pas impossible qu'elle procède au transfert de son salarié dans l'unique dessein de le licencier par l'intermédiaire de la société d'accueil. C'est le cas de la société mère qui transfère son propre salarié ou un salarié d'une filiale dans une autre filiale en difficulté. A notre connaissance, la juridiction n'a pas encore eu à se prononcer sur cette question. Mais il existe pourtant une jurisprudence importante relative à la cession d'une filiale qui occasionne le transfert de ses salariés. Cette jurisprudence pourrait sans doute offrir le cas échéant une intéressante solution. On peut évoquer à titre d'illustration une affaire récente s'agissant d'une société mère qui avait cédé une filiale à une autre société en difficulté qui ne pouvait pas éviter sa liquidation judiciaire. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont admis la responsabilité de la société mère cédante, à l'égard des salariés de son ex-filiale, et l'ont condamnée à indemniser ces derniers pour le préjudice issu de leur licenciement dans le cadre de la liquidation. La Cour de cassation a reconnu que les salariés d'une société liquidée pouvaient rechercher la responsabilité de l'ancienne société mère de cette dernière en réparation d'un préjudice particulier⁵⁷⁸.

301. Même si cette affaire concerne la cession d'une filiale plutôt que le transfert d'un salarié, la solution semble curieuse s'agissant de la protection de ce dernier. Il est en effet concevable que la société mère ou filiale, au lieu de licencier son salarié et d'encourir le risque de le reclasser ou de l'indemniser, procède à son transfert dans une autre filiale en difficulté qui ferait *a posteriori* faillite. Ce salarié risquerait alors de ne pas obtenir gain de cause de la part de son employeur d'accueil en raison de son insolvabilité. C'est par analogie qu'il disposerait d'une forte chance de pouvoir poursuivre la société d'origine en se fondant sur sa responsabilité délictuelle (C. civ. art. 1382).

⁵⁷⁸ Voir *Cass. soc.* 14 nov. 2007.

Section II : La mise à disposition ou le prêt de main-d'œuvre

302. La mise à disposition de salariés (aussi appelée « prêt de main-d'œuvre » ou « détachement de salarié ») intra-entreprises est une pratique courante dans les groupes de sociétés. Elle se définit comme l'opération par laquelle une entreprise envoie travailler un ou plusieurs de ses salariés au sein d'une autre entreprise pour y accomplir une mission⁵⁷⁹. La mise à disposition de salariés entre sociétés d'un même groupe peut, comme dans le cas du transfert, recouvrir des situations diverses. Ainsi, détachement d'un cadre par la société mère dans une filiale aux fins de contrôle ; société confrontée à un problème technique particulier et temporaire pour la résolution duquel elle ne dispose pas de personnel compétent alors qu'une autre société du groupe emploie un spécialiste de la question ; société ayant à faire face de façon prolongée à l'absence d'un de ses salariés ; société confrontée à un surcroît d'activité alors qu'une autre subit une diminution de charge de travail. Il en va également de même pour le cas de plusieurs filiales constituant ensemble une société en participation gérée par la société mère. Leurs salariés pourraient être employés indifféremment pour l'entreprise de la société en participation (qui peut être un chantier par exemple⁵⁸⁰).

303. D'autre part, la mise à disposition suppose qu'il existe entre l'entreprise prêteuse et le salarié mis à disposition une relation durable qui subsiste pendant le temps où le salarié travaille dans l'entreprise utilisatrice⁵⁸¹. Le travailleur extérieur à la société d'accueil demeure sous l'autorité de la société d'origine, prestataire du service⁵⁸². Aussi, si le rapport de travail entre ce dernier et la société d'origine est rompu, n'est-on plus en présence d'une mise à disposition mais d'un transfert de salarié, ce qui conduit – comme nous l'avons vu – à une novation du contrat de travail par changement d'employeur. En revanche, il n'est pas question que la mise à disposition implique une création d'un lien de subordination entre la société d'accueil et le salarié. Au contraire, très souvent la société d'origine reste le seul employeur de ce salarié. La situation reste toutefois soumise à l'existence d'un contrat de travail, qui met le salarié sous le contrôle de la société d'accueil. Ce dernier peut se

579 Voir : A. Charveriat et coauteurs, *Mémento groupes de sociétés*, préc., n°15110, p.1041.

580 Voir *Mémento, groupes de sociétés*, op. cit., n°15120, p.1041.

581 P. Remy, A. Feuerborn et M. Rönnmar, *L'impact de la directive 2008/104 relative au travail intérimaire sur les droits nationaux*, Rev. dr. trav. 2010, p.5.

582 A. Coeuret et alter, *Droit du travail*, op. cit., n°339, p. 240. Ces auteurs définissent la mise à disposition de salarié comme « la mise en œuvre d'un contrat de prestation de service en vertu duquel les salariés venus d'ailleurs demeurent sous l'autorité de l'entreprise prestataire de service. » ; voir encore H. Bardet, A. Beetschen, A. Charveriat et B. Gauthiere, *Les holdings, guide juridique et fiscal*, 4^e éd. 2007, n°866, p. 276.

retrouver en l'occurrence en présence de deux employeurs conjointement responsables.

Néanmoins, la mise à disposition soulève en pratique nombre de questions relatives aux règles générales applicables à ce sujet (1^{ère} sous-section), et aux règles particulières à certains cas spéciaux, telle la mise à disposition dont l'objet consiste en l'exercice d'un mandat social, ou d'un travail auprès d'une filiale à l'étranger (2^e sous-section).

Sous-section I : Les règles générales du prêt de main-d'œuvre

304. Hormis le cas de la mise à disposition de salariés d'une société mère auprès d'une filiale à l'étranger, il n'existe pas de règles spécifiques aux prêts de main-d'œuvre entre sociétés d'un même groupe. Le traitement de cette pratique, très courante en la matière, implique ainsi de se focaliser sur les règles générales du droit commun du travail, afin d'en déduire, à l'aide de la jurisprudence et de la doctrine, des solutions pertinentes pour les salariés des filiales. Nous analyserons donc en deux volets les conditions puis les effets du prêt de main-d'œuvre.

I- Les conditions de prêt de main-d'œuvre

305. Pour que la mise à disposition produise ses effets légaux, trois conditions, exigées par la loi et la jurisprudence, doivent se réunir, à savoir : la condition de licéité prévue par l'article L.8231-1 du Code du travail ; la condition d'information et de consultation du comité d'entreprise prévue par l'article L. 1233-25 du même Code ; et la condition de l'accord du salarié qu'établit la jurisprudence lorsque la mise à disposition s'accompagne d'une modification d'un élément constitutif du contrat de travail. Il convient de les mettre toutes en relief.

A- Condition de licéité

306. En l'absence de disposition légale ou réglementaire spécifique au prêt de main-d'œuvre entre sociétés d'un même groupe, cette opération obéit aux règles du droit commun applicables à tout prêt de main-d'œuvre⁵⁸³, interdisant sous peine de sanction pénale, toute opération à but lucratif qui vise : la fourniture de main d'œuvre ayant pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail, cette opération étant dite 'marchandage' (C. trav. art. L.8231-1); ou qui a pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre, dès lors qu'elle n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions

583 Voir A. Charveriat et alter, *Mémento Groupes de sociétés, préc.*, n°15121, p.1042

relatives au travail temporaire (C. trav. art. L.8241-1).

Dans un arrêt rendu le 12 mai 1998, la Cour de cassation⁵⁸⁴ a approuvé les juges du fond d'avoir constaté l'existence d'un délit de prêt illicite de main-d'œuvre. Il s'agit dans cette affaire d'une société mère française (dénommée Comex Service) spécialisée dans l'exécution de travaux sous-marins pour le compte de compagnies pétrolières. Cette société a procédé au licenciement des plongeurs et scaphandriers qu'elle employait et qui ont été mis à sa disposition par sa filiale *Sogexpat*, ayant son siège en Suisse. Cette dernière, dont le seul objet est la mise à disposition de personnel, n'a ni le matériel, ni les matériaux nécessaires à l'activité des salariés, totalement subordonnée à la société mère française. Selon la Cour de cassation, le but lucratif de l'opération a été bien caractérisé par le fait qu'elle est effectuée à titre onéreux, et qu'elle vise une réduction des charges sociales de la société utilisatrice. Elle cause d'autant plus un préjudice aux salariés concernés, les privant des avantages sociaux.

307. Cependant, il faut tenir compte du fait que l'interdiction prévue en l'espèce ne concerne que le prêt de main-d'œuvre à but lucratif : le cas où l'entreprise prêteuse tire de ce prêt des bénéfices. En effet, l'article précité sous-entend que si ces opérations ne visent pas la réalisation d'un quelconque bénéfice, elles sont réputées licites. Tel en est le cas pour une société filiale, en excédent de personnel par suite d'un sinistre ou de difficultés économiques passagères, qui met à la disposition de sa mère ou d'une autre filiale de son groupe en pénurie, une partie de son personnel pour un « coup de main »⁵⁸⁵. Le pouvoir souverain revient en fait au juge du fond qui doit appuyer sa décision sur des motifs économiques et sociaux effectifs, et établir que la société pourvoyeuse de main-d'œuvre se borne à facturer le coût réel des salaires acquittés durant la période de prêt. C'est en ce sens que le Ministère du travail rappelle que « sont considérées comme réalisées à titre non lucratif les mises à disposition pour lesquelles l'entreprise se fait rembourser à prix constant par l'entreprise d'accueil les seules rémunérations et charges sociales correspondant à l'emploi des personnes détachées (...). La facturation et la perception par l'entreprise d'origine de frais de gestion modérés et justifiés ne présentent pas un motif valable de requalification d'un prêt de main-d'œuvre qui demeure à but non lucratif »⁵⁸⁶.

584 Cass. crim. 12 mai 1998 n° h 96-86.p.479

585 Voir J. Le Goff, *Le droit du travail et sociétés, les relations individuelles du travail*, 2001, p.208.

586 Rép. Min., n°29546 (JO, 20 mars 2000, p.1834). Cité dans l'ouvrage de J. Le Goff, *op. cit.*, p.208.

308. Du reste, la Cour d'appel de Douai⁵⁸⁷ a refusé de condamner une société mère, ayant mis un salarié à la disposition d'une filiale, d'avoir commis le délit de marchandage. S'opposant à sa mutation dans la filiale, le salarié avait fait l'objet d'une procédure de licenciement par son employeur, la société mère. Il a envoyé celle-ci devant la Cour d'appel de Douai (après avoir été débouté de ses demandes par le Conseil des Prud'hommes de Lille), en qualifiant l'article 4 de son contrat de travail, qui prévoit sa mutation dans la société filiale, comme constitutif d'un prêt illicite de main-d'œuvre, et/ou de marchandage. Mais la Cour d'appel de Douai a confirmé la décision du Conseil des Prud'hommes en affirmant que l'opération de prêt de main-d'œuvre n'a pas eu pour effet de léser le salarié sur ses conditions de rémunération et ses droits sociaux. Elle a fait valoir que « le préjudice invoqué par le salarié, lié à la possibilité en application de l'article 4 du contrat de travail, de lui imposer une mutation, n'est pas constitué du seul fait de la mise à disposition (...) il en résulte que le délit de marchandage n'est pas constitué. ».

B- Absence d'incidence de l'accord du salarié mis à disposition

309. A la différence du transfert du salarié, la mise à disposition (ou le prêt du salarié à but non lucratif) n'entraîne pas en soi une modification du contrat de travail nécessitant un accord préalable du salarié⁵⁸⁸. La raison en est que le salarié continue de dépendre de son employeur d'origine quant à ses droits pécuniaires. Dans ce sens, la chambre sociale de la Cour de cassation⁵⁸⁹ décide que « la mise à disposition d'un salarié n'entraîne pas en soi une modification de son contrat de travail ; qu'ayant relevé, d'une part, qu'il résultait de l'article 16 de la convention constitutive du 27 juin 2001 que les salariés de la Croix Rouge continueraient à dépendre de leur employeur quant à leur droit, leur rémunération, la gestion de leur carrière et de leur emploi, dans le cadre des dispositions du code du travail et de la convention collective nationale de la Croix Rouge de 1986 et que le pouvoir disciplinaire à leur égard continuerait à être exercé par le responsable hiérarchique du pouvoir de nomination selon les règles qui lui sont propres, d'autre part, que ni le lieu ni la qualification ni la rémunération ni la durée du travail de ces salariés n'étaient modifiés, la Cour d'appel a pu décider que la constitution syndicale inter-hospitalière n'entraînait aucune modification du contrat de travail des salariés de la Croix Rouge française ; que le

⁵⁸⁷ CA Douai, 26 fev. 2010, n°09/01538.

⁵⁸⁸ Voir dans le même sens H. Bardet et alter, *Les holdings*, op. cit., n°866, p.277. Selon ces auteurs « le salarié de la holding est simplement mis à la disposition de la filiale pour y accomplir une mission déterminée ; le contrat de travail liant le salarié à la holding n'est pas modifié ».

⁵⁸⁹ Cass. soc. 02-14.680, 01 avr. 2003 – Bull. 2003 V N° 128 p. 124.

moyen n'est pas fondé⁵⁹⁰ ».

310. Cependant, le consentement du salarié sera exigé si la mise à disposition s'accompagne d'une modification de l'un des éléments qui constituent le socle du contrat de travail (lieu de travail, qualification, rémunération ou durée de travail), ou si l'employeur d'origine abandonne tout ou partie de ses prérogatives d'employeur. La question se pose du reste de savoir à quel moment on peut considérer qu'il existe une modification d'éléments constitutifs du contrat de travail. Cela ne pose pas de problème lorsqu'il s'agit d'une modification de la rémunération du salarié. Selon la Cour de cassation, « la rémunération du salarié, qu'il s'agisse de son niveau ou de son mode de calcul, constitue un élément de son contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord⁵⁹¹ ». Une légère réduction du salaire peut également constituer une modification de la rémunération qui nécessite un accord préalable du salarié si elle est moins favorable pour lui. Il en va pareillement pour la durée du travail mentionnée au contrat, qui constitue un élément essentiel de ce contrat⁵⁹². La société mère ou filiale d'accueil ne peut imposer au salarié mis à sa disposition une durée plus longue ou moins longue que celle prévue dans son contrat. Sinon, on n'est davantage devant une mise à disposition que devant un transfert, impliquant le consentement préalable du salarié. Cependant, puisque le travail se déroulera dans une autre société que celle d'origine, ce changement nécessite souvent une nouvelle répartition des horaires au sein de la journée ou de la semaine, qui peut être librement décidée par cette société. Mais cette répartition est conditionnée, selon la jurisprudence, par le fait qu'elle n'entraîne pas une modification de la durée contractuelle du travail ou de la rémunération contractuelle⁵⁹³. Ainsi si la société mère ou filiale d'accueil suit un horaire variable ou discontinu différent de la société d'origine qui adopte un horaire fixe ou continu, le passage du salarié de l'une à l'autre ne constitue pas une répartition des horaires mais une modification du contrat de travail⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ Voir encore en ce sens : *Cass. com.* 10-27.749 - 16 mai 2012 : « la mise à disposition d'un salarié n'emporte pas modification du contrat de travail dès lors qu'il continue de dépendre du même employeur, et que ni sa qualification, ni sa rémunération, ni la durée du travail ne s'en trouvent modifiées » ; *Cass. soc.* 03-41.371, 15 mars 2005, *Bull.* 2005 V N° 88 p. 77 ; *CA Versailles* – ch. 17 - 07/02953, 10 déc. 2008 ; *CA Rennes*, ch. des Prud'hommes 08 - 08/04144 - 03 sept. 2009.

⁵⁹¹ *Cass. soc.* 28 janv. 1998, n°370 PBR : RJS 3/98 n°274.

⁵⁹² *Cass. soc.* 20 oct. 1998, n° 4194 : RJS 12/98 n° 1445 ; *Cass. soc.* 21 mars 2000, n° 1398 : RJS 7-8/00 n° 74.

⁵⁹³ *Cass. soc.* 11 juill. 2001, n° 3533 FP, SCP Paris, Marie Saint-Germain c/ Afchain : RJS 10/01 n° 1111

⁵⁹⁴ *Cass. soc.* 14 nov. 2000, n° 4726 FS-PB : RJS 1/01 n° 10 ; *Cass. soc.* 18 déc. 2000, n° 5232 : RJS 2/01 n° 168.

311. Par ailleurs, la mise à disposition de salariés entre sociétés incluses dans un groupe entraîne en général un changement de lieu de travail, sauf si la société d'accueil est située sur le même site que celle d'origine. Selon la jurisprudence, si le nouveau lieu de travail est situé dans le même secteur géographique que le précédent, il n'y a pas modification du lieu de travail. De même, il n'y a pas modification de contrat lorsque celui-ci ou la convention collective de la société ou du groupe comporte une clause de mobilité géographique prévoyant que le salarié de la société filiale ou mère peut être recruté dans une autre filiale ou sous-filiale située en zone géographique différente. En l'occurrence, la clause de mobilité doit définir avec minutie sa zone d'application sans pouvoir laisser à la société d'accueil ou à celle d'origine la faculté de l'étendre unilatéralement⁵⁹⁵.

De surcroît, selon la Cour de cassation, la mise à disposition entraînera un changement d'emploi sans constituer une modification du contrat de travail si la nouvelle carrière est conforme avec la qualification du salarié. Dans un arrêt rendu en avril 2002, elle a déclaré qu'«il n'y a pas modification du contrat de travail lorsque l'employeur affecte un salarié à une tâche différente de celle qu'il exerçait antérieurement, mais correspondant à sa qualification⁵⁹⁶».

C- Information et consultation du comité d'entreprise

312. L'appartenance de l'employeur à un groupe de sociétés ne l'exonère pas de son devoir de créer un comité d'entreprise si les conditions de cette création sont réunies, ni de son obligation d'informer et consulter ce comité lorsqu'elle projette la mise à disposition des salariés à une autre société du même groupe. Cette information-consultation constitue une obligation relative à la mise à disposition collective qui porte ses effets à l'organisation, la gestion et la marche générale de la société d'origine. Puisque cette opération touche sensiblement le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle, le législateur l'a soumise au contrôle direct du comité d'entreprise (C. trav. art. L. 2323-6)⁵⁹⁷. Lorsqu'il s'agit cependant d'une mise à disposition individuelle, il n'y a pas lieu d'évoquer cette obligation.

595 Cass. soc. 14 oct. 2008 n° 06-46.400.

596 Cass. soc. 9 avr. 2002 n° 1340 : RJS 7/02 n° 785.

597 Cet article dispose que « Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle ».

En outre, si les mises à disposition proposées entraînent pour les intéressés une modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, la société employeur d'origine doit mettre en œuvre la procédure information-consultation des représentants du personnel prévue en cas de licenciement pour motif économique et établir un plan de sauvegarde, si au moins 10 salariés ont refusé la modification proposée et que leur licenciement est envisagé (C. trav. art. L.1233-25)⁵⁹⁸.

II- Les effets de la mise à disposition

313. La mise à disposition n'entraîne pas modification du contrat de travail : le salarié demeure contractuellement lié à la société d'origine. Mais, sa présence dans la société d'accueil suffit pour l'inclure dans ses effectifs, sans qu'il y ait lieu de rechercher l'existence d'un lien de subordination avec elle⁵⁹⁹.

Cette situation complexe, très fréquente dans le cadre de groupes, suscite une interrogation sur l'étendue de la responsabilité des sociétés concernées, c'est-à-dire la société d'accueil et celle d'origine.

A- Le statut du salarié dans la société d'origine

314. Bien qu'il ne soit actuellement prévu par aucun texte législatif, le maintien du contrat de travail du salarié à la société employeur d'origine ne souffre en réalité aucune discussion⁶⁰⁰. La mise à disposition du salarié prêté n'a pas en effet d'incidence sur le contrat de travail liant ce salarié à la société prêteuse⁶⁰¹; d'où l'absence de tout changement d'employeur. Le salarié continue à bénéficier pendant la durée de cette mise à disposition du statut collectif applicable dans la société prêteuse. S'il a été prêté par son employeur

598 Selon les dispositions de cet article : « *Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, proposée par leur employeur pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L.1233-3 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique* ».

599 Voir dans le même sens M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, J.G.D.J., p.111.

600 Ce maintien avait trouvé son fondement légal dans l'article L.124-9 de l'ancien Code du travail français, relatif au travail temporaire, applicable en vertu de l'article L.125-3, al. 2 du même Code au prêt de main-d'œuvre non lucratif. Cet article prévoit que : « *Sous réserve des dispositions qui précèdent, il n'est pas dérogé au droit commun en ce qui concerne les rapports nés du contrat de travail unissant l'entrepreneur de travail temporaire à des salariés* ».

601 Voir encore C. Benoît-Renaudin, *La responsabilité du préposé*, Thèse publiée avec le soutien du Conseil Scientifique de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010, n°269, p.217. Selon cet auteur « *l'entreprise du travail temporaire (société d'origine) demeure le seul employeur de travail temporaire, car il n'existe aucun contrat de travail entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur. L'entreprise de travail temporaire est liée par un contrat de mise à disposition avec l'entreprise utilisatrice, et c'est un contrat de mission entre le travailleur temporaire et l'entreprise de travail temporaire qui permet à celle-ci de donner au travailleur son affectation au sein de l'entreprise utilisatrice* ».

société mère à une filiale, et que la convention ou l'accord collectif applicable dans cette dernière lui octroie un bon salaire ou une réserve de participation, la société filiale ne peut lui imposer une rémunération moins avantageuse. Mais dans la mesure où ce salaire et cette réserve de participation continuent à être payés par la société d'origine, le salarié n'a pas le droit de demander des rémunérations ou une réserve spéciale supplémentaire de la part de la société d'accueil⁶⁰². C'est surtout le cas dans le cadre de groupes de sociétés où l'unité et l'entité économique et financière du groupe conduisent la société mère ou filiale à continuer à payer ses salariés détachés dans une autre société du groupe, considérant que le fruit du travail pour lequel ils y sont affectés revient en pratique à l'ensemble de ce groupe. Ainsi les salariés de cette société n'ont pas à se prévaloir de leur fonction dans la société d'accueil pour être avantagés par une deuxième rémunération.

315. Par ailleurs, il advient parfois que, pendant la mise à disposition du salarié, le statut juridique de la société d'origine subisse certaines modifications, telles que la succession, la vente, la fusion ou la transformation, soulevant la question du sort du contrat de travail du salarié prêté. La réponse se trouve à l'article L. 1224-1 du Code du travail selon lequel « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Cette hypothèse est vérifiée dans les groupes de sociétés où la société filiale dont le salarié a été détaché dans une société sœur ou dans la société mère se voit absorbée par sa mère ou sœur. En l'état, ce salarié n'a pas vocation à s'opposer à cette opération, car les droits issus de son contrat de travail se transfèrent de plein droit à la société absorbante qui devient son seul lien redevable⁶⁰³. Il en ira de même si l'opération réalisée par la société d'origine consiste à sous-traiter par une autre société du même groupe des marchés de travaux de forage minier, pour autant qu'elle s'accompagne du transfert d'une entité entre deux sociétés et ainsi des salariés liés à cette entité. Il en résulte que leurs contrats de travail seront transférés à la société cédante.

316. Toutefois, à l'issue de la mise à disposition, la société d'origine doit réintégrer le salarié prêté dans le poste qu'il a occupé avant le détachement ou dans un travail équivalent. Elle n'a pas à procéder à son licenciement en prétextant que son poste a été

602 Cass. soc. 23 juin 1988, comité central d'entreprise de la Cezus c/ SA Cezus : Bull. civ. V n° 388.

603 L. Gaudin, *La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité ?* Revue de droit du travail, 2008, p. 162.

occupé par un autre membre du personnel ou qu'il a été licencié par la société d'accueil pour motif économique. Cependant, il n'est pas rare dans le cadre du groupe que les difficultés économiques rencontrées par la société d'accueil aient des incidences sur la société d'origine, de telle manière que le licenciement prononcé par cette société implique en pratique un licenciement du groupe en entier. Mais il faudrait, en tout état de cause, évoquer et prouver pour la société d'origine le motif économique avant de procéder à ce licenciement. L'unité et l'entité économique du groupe ne pourraient en effet occulter la réalité juridique que les sociétés membres demeurent autonomes, et conséquemment concernées d'une façon individuelle par les dispositions du droit du travail applicables en la matière.

317. Par ailleurs, la question qui se pose ici porte sur les effets issus de la faute commise par le salarié détaché sur le contrat de travail. Autrement dit, lorsque ce dernier commet une faute motivant la société d'accueil à mettre fin à sa mutation, la société d'origine, peut-elle de sa part prononcer son licenciement en se fondant sur cette faute ? Selon A. Charveriat⁶⁰⁴ et ses coauteurs « l'employeur d'origine ne peut licencier le salarié pour une faute constatée dans le poste de détachement, alors même que le poste de réintégration nécessite des compétences identiques ». Cette solution, bien que protégeant davantage le salarié mis à disposition, ne semble pas échapper à la critique, car ce dernier reste juridiquement lié à un seul employeur⁶⁰⁵, celui d'origine, et que la faute a été commise lors de l'exécution de sa mission dans la société d'accueil. On ne devrait pas en effet exonérer le salarié d'une faute accomplie dans l'exercice de son travail ; sinon, il se soustrairait à toute responsabilité.

B- Le statut du salarié dans la société d'accueil

318. Le statut du salarié détaché dans la société d'accueil soulève deux interrogations portant sur l'existence d'un contrat de travail le liant à cette société et sur les obligations imposées à cette dernière relatives aux conditions de travail.

1- L'existence d'un contrat de travail avec la société d'accueil

Le prêt de main-d'œuvre n'entraîne pas, en principe, de changement d'employeur. Ainsi

604 A. Charveriat et alter, *Groupes de sociétés*, op. cit., n°15144, p. 1046.

605 Voir dans ce sens Cass. soc. 23 févr. 1994 : Bull. civ. V n° 66 : « les juges du fond qui refusent de reconnaître la qualité d'employeur à une société après avoir, d'une part, estimé que les salariés en cause avaient travaillé au service de celle-ci seulement dans le cadre d'une simple mise à disposition et, d'autre part, relevé qu'aucun lien de subordination juridique n'avait été créé avec cette société, peu importe, à cet égard, que cette dernière ait eu autorité sur eux pour l'exécution du travail ».

le salarié d'une filiale mis à disposition d'une autre société du même groupe ne devient pas le salarié de cette dernière, car il n'y a pas de contrat de travail préexistant entre les deux. En ce sens, la Cour de cassation française déclare que : « la Cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'indemnités de rupture d'un salarié à l'encontre d'une société, relève qu'aucun contrat n'a été conclu entre lui et cette société et que son travail au sein de ladite société résultait d'une convention de mise à disposition pour une mission précise et temporaire entre son employeur et la société en cause, faisant ainsi ressortir que le salarié est resté sous la seule subordination de son employeur, peu importe que son salaire ait été réglé pendant la période de mise à disposition par l'autre société ». La Cour de cassation n'exige donc pas l'existence d'un contrat de travail liant le salarié à la société d'accueil pour que cette dernière soit qualifiée d'employeur, mais se contente de l'existence d'un lien de subordination entre les deux. Cela peut être interprété par le fait que cette qualité s'acquiert aussitôt que la société d'accueil exerce les pouvoirs d'employeur, qu'elle soit ou non la rétributrice du salaire⁶⁰⁶ .

319. Toutefois, on pourrait évoquer l'hypothèse de l'employeur conjoint (co-employeur). La société d'origine est en lien contractuel avec son salarié mis à disposition, de même que la société d'accueil exerce sur lui un pouvoir de contrôle susceptible de la qualifier « d'employeur ». En l'absence de cessation de contrat, la jurisprudence n'hésite pas à se fonder sur cette théorie en permettant au salarié de solliciter indifféremment chacune de ces sociétés en vue du paiement des salaires et des indemnités de fin de contrat⁶⁰⁷ . Ainsi dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Versailles affirme que « la qualité de co-employeur suppose que la prestation de travail soit exercée sous la subordination juridique de chacun des employeurs de manière alternative ou conjointe, et qui exercent chacun des pouvoirs de direction et disciplinaire⁶⁰⁸ ».

De même, l'existence de l'hypothèse du co-employeur peut être reconnue entre sociétés d'un même groupe sans qu'un lien de domination soit relevé entre ces sociétés. Cela arrive notamment dans les groupes dont l'activité exercée par leurs sociétés se caractérise par une complémentarité et une communauté de dirigeants. Dans un arrêt de la

606 Voir encore *E. Dockes, E. Peskine et C. Wolmark, (Droit du travail, Dalloz, 5e éd, 2009., n°255, p. 228)*, qui ont souligné que « Si le pouvoir de direction demeure entre les mains du cocontractant du salarié, celui-ci est son unique patron, et le tiers bénéficiaire du travail (la société d'accueil) n'est qu'un maître d'ouvrage ou un maître d'œuvre ».

607 Voir encore *F. Duquesne, Droit du travail, 2004, n°79, p. 88*.

608 *CA. Versailles, ch.6, 12 sept. 2010, n°09/03811*.

Cour de cassation rendu en 2008⁶⁰⁹, un ingénieur de recherche se trouvait sous la direction de plusieurs filiales, qui lui demandaient chacune de rendre compte des recherches effectuées en leur faveur. En dépit de leur autonomie juridique, ces sociétés étaient reconnues par la juridiction comme conjointement son employeur et ainsi responsable du versement de ses salaires.

320. En revanche, si le salarié mis à disposition a conclu un contrat de travail avec la société d'accueil, le contrat de travail initial (déjà conclu avec la société d'origine) est suspendu pendant la durée de détachement : ce contrat entre en sommeil et doit reprendre à son issue. Mais pour parvenir à ce résultat, il faut que la société d'origine cesse d'exercer tout pouvoir de direction et disciplinaire à l'égard de ce salarié ; sinon son contrat reste actif et cette dernière pourrait être qualifiée de «co-employeur».

2- Les conditions de travail

321. L'article L. 8241-8 du Code du travail prévoit que « les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif sont autorisées. Dans ce cas, les articles L.1251-21 à L.1251-24, L. 2313-3 à L.2313-5 et L. 5221-4 du présent Code ainsi que les articles L.412-3 à L.412-7 du Code de la sécurité sociale sont applicables ». Ainsi, selon le article L. 1251-21, la société d'accueil (dite «entreprise utilisatrice») doit répondre, pendant la durée de la mise à disposition, aux conditions d'exécution du travail telles qu'elles sont déterminées par les dispositions légales et conventionnelles applicables au lieu de travail. Il s'agit pour ces conditions : de la durée du travail, le travail de nuit, les repos hebdomadaires, l'hygiène et la sécurité du travail, du travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs. De même, selon l'alinéa 23 de cet article, si l'activité exercée par le salarié mis à disposition nécessite une surveillance médicale spéciale, les obligations correspondant sont à la charge de la société d'accueil. De plus, selon l'alinéa 24 du même article, les salariés mis à disposition ont accès, dans l'entreprise d'accueil dans les mêmes conditions que les salariés de celle-ci : aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives, notamment de restauration, dont peuvent bénéficier ces salariés.

322. Enfin, selon l'article L. 2313-3 du Code du travail, les salariés mis à disposition peuvent faire présenter, par les délégués du personnel de l'entreprise d'accueil leurs réclamations individuelles et collectives relatives à l'application des dispositions concernant les conditions d'exécution du travail, la rémunération et le paiement des jours

609 Cass. soc., 26-6-2008, n°07-41.294 : RJS 10/08, n°955.

fériés, l'accès aux équipements et aux services collectifs de l'entreprise utilisatrice. L'article L. 2313-3 donne aux salariés mis à disposition dans l'entreprise utilisatrice (la société d'accueil) la faculté de faire présenter par les délégués du personnel de ces entreprises leurs réclamations intéressant l'application des dispositions relatives à leur rémunération, à leurs conditions de travail et à l'accès aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives.

Sous-section II : Cas particuliers de mise à disposition

323. Dans les groupes de sociétés, on rencontre souvent l'existence de pratiques particulières de détachement, issues des rapports de contrôle et de la complémentarité d'activités qui dominent les sociétés du groupe. La société mère, motivée par ses participations majeures, tend à s'immiscer dans la gestion de ses filiales, sinon directement, tout au moins à travers des personnes interposées telles qu'un salarié, dirigeant ou une filiale. Elle entend par l'adoption de cette pratique combiner deux objectifs contradictoires : conserver la personnalité morale de ses filiales et mettre celles-ci sous sa propre direction économique et financière. De même, il n'est pas rare, dans les groupes multinationaux, que la société mère détache un ou plusieurs salariés pour l'exercice d'une carrière professionnelle ou comme mandataire dans une filiale située à l'étranger. C'est une pratique bien constatée au point que certains législateurs, dont le français, sont intervenus en vue d'un texte spécifique pour la régir.

Il convient à cet égard d'aborder successivement la mise à disposition de salarié dans une filiale située à l'étranger et, ensuite, la mise à disposition de salarié pour l'exercice d'un mandat social.

I- La mise à disposition de salarié dans une filiale située à l'étranger

324. C'est une pratique très fréquente dans les groupes de sociétés multinationales où la société mère et ses filiales ou sous-filiales se trouvent implantées dans des pays différents. Il arrive souvent que cette société détache un ou plusieurs salariés, surtout des cadres supérieurs, pour exercer temporairement une mission dans une filiale située à l'étranger. Cette affectation peut parfois constituer un passage obligatoire pour les salariés détachés lorsqu'elle est prévue dans le contrat de travail ou la convention collective de la société mère.

S'effectuant donc hors du cadre national, cette opération implique une expatriation des

salariés détachés, ce qui complique ses effets juridiques pour les sociétés concernées, comme pour les salariés détachés. Ces difficultés pratiques ont fait l'objet d'un traitement législatif dans le droit français, fourni par l'article L. 1231-5 du Code du travail. L'analyse de ce sujet nous invite à aborder deux points essentiels : la mise en œuvre et les conséquences du détachement.

A- La mise en œuvre du détachement

325. Selon l'article L. 1231-5 du Code du travail, « lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et qu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière, la société mère assure son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procure un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein ».

Ce texte exige la réunion de plusieurs conditions afin que le salarié détaché dans une filiale à l'étranger ait un droit de rapatriement et de reclassement. Il faudrait qu'il existe un rapport entre deux sociétés qualifiant l'une de filiale de l'autre, qu'un contrat de travail entre le salarié et la filiale soit conclu au moment du détachement, et enfin que le salarié soit licencié par la filiale.

1- L'existence d'un lien de filiation entre deux sociétés

326. Aux termes de l'article L. 1231-5 du Code du travail, les liens entre les sociétés doivent être ceux de mère à filiale. Or le problème réside ici dans le fait que cet article exige l'existence de ces liens sans pour autant donner une acception précise, ni avoir renvoyé aux dispositions de l'article L. 233-1 du Code de commerce précédemment analysées⁶¹⁰. Les rapports de filiation sont en effet régis par cet article, dont l'application en la matière nécessite un renvoi particulier que l'article L. 1231-5 aurait dû faire. La jurisprudence adopte une position extensive de la notion de filiale admettant l'application de l'article L. 1231-5 dès lors que le contrôle de la société est caractérisé. La Cour de cassation⁶¹¹ avait, dans un arrêt rendu en juin 1990, retenu l'existence de liens de filiation au sens du droit du travail à partir des indices non capitalistiques, en s'appuyant sur le droit de vote dont dispose la société mère dans sa filiale. Elle a fondé sa décision sur l'assistance technique que la société mère a garanti à sa filiale, laquelle a été considérée par la Cour

610 Cet article dispose que « lorsqu'une société détient plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première ».

611 Cass. soc. 27 juin 1990, n°86-43.483.

comme indispensable pour le fonctionnement de la filiale étrangère⁶¹². Elle a affirmé en ce sens que : « mais attendu que la cour d'appel a relevé que la Société Cobra, d'une part, après avoir complété la formation des époux Bourquin afin qu'ils acquièrent la compétence professionnelle nécessaire pour assurer les fonctions de responsables de fabrication dans la nouvelle Société CMO, avait pris toutes dispositions pour assurer à celle-ci l'assistance technique indispensable à son fonctionnement, d'autre part, avait fait des actes qui auraient dû relever normalement de la seule autorité de la société CMO ; qu'elle a pu déduire de ces constatations que la Société Cobra exerçait son contrôle sur la Société CMO bien qu'elle n'en possédât pas la majorité du capital ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ». Selon *Charveriat* et ses coauteurs⁶¹³, si l'on ne tient pas compte de cet arrêt, « on aurait pu envisager que seuls soient concernés les salariés des filiales entendues au sens de la loi du 24 juillet 1966, c'est-à-dire les entreprises dont la société mère détient plus de la moitié du capital ».

327. Il nous semble que le législateur est appelé à combler cette lacune par un texte spécifique qui régit de manière satisfaisante le contrôle nécessaire à l'application de cet article, ou se réfère tout au moins à un texte existant, tel l'article L. 233 du Code de commerce, évitant toute ambiguïté, voire contradiction, dans la jurisprudence. Mais, en tout état de cause, comme la Cour de cassation, on ne peut renvoyer à une disposition particulière sans texte de référence.

328. En outre, la question peut encore se poser concernant le sort du contrat conclu avec la filiale étrangère lors d'un changement dans sa situation juridique : c'est-à-dire si elle a été absorbée par une autre société ou cède son fonds à celle-ci. Nous avons constaté que la règle applicable aux groupes de sociétés purement français implique que la société absorbante ou cessionnaire se substitue pour ce contrat à celle absorbée ou cédée. Tel n'est pas le cas pour la mise à disposition internationale. Selon la Cour de cassation, la cession par une filiale étrangère de son fonds à une autre société tierce, mettait fin *ipso facto* au contrat de travail liant le salarié à cette société. Elle doit en conséquence engager la responsabilité de la société mère française de rapatrier et de proposer le reclassement à ce salarié⁶¹⁴.

612 Ce sont presque les mêmes fondements sur lesquels la Cour d'appel de Versailles s'appuyait (voir, *CA. Versailles*, 3 mars 2009, n°07/03837).

613 A. *Charveriat et alter*, *Groupes de sociétés*, op. cit., n°15416, p.1060.

614 Voir *Cass. soc.* 13 nov.2008, n° 07-41.700, à paraître au *Bulletin et Soc.* 13 nov. 2008, n° 06-42.583, inédit. Il s'agit dans cette affaire d'un salarié engagé par une société mère française, et affecté quelques mois

2- L'existence d'un contrat de travail entre le salarié et la société mère

329. L'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail implique qu'un contrat de travail soit conclu entre la société mère et le salarié préalablement à la mise à disposition de ce dernier dans la filiale étrangère, et que ce contrat subsiste pendant la période de mise à disposition⁶¹⁵. Cette condition est essentielle au point que son absence conduit à écarter les dispositions dudit article. Ainsi, il ne suffit pas que le salarié mis à disposition d'une filiale étrangère soit en contrat avec une autre filiale française. La Cour de cassation affirme dans un arrêt récent⁶¹⁶ que : « Le salarié d'une société française, filiale d'un groupe international, qui est embauché par une autre société filiale établie à l'étranger, n'a aucun droit à être réintégré dans un emploi de la société filiale française lorsqu'il est licencié par la société filiale étrangère ; qu'en estimant en l'espèce que les conditions d'application de l'article L. 122-14-8 du Code du travail étaient remplies, la Cour d'appel a violé par fausse application le texte précité (nouvel article L. 1231-5 du Code du travail)»⁶¹⁷. Il en va de même lorsque la société filiale française devient postérieurement la société mère de la filiale étrangère⁶¹⁸.

330. Par ailleurs, il arrive parfois que la société mère embauche un salarié, non dans le but de l'employer en son sein, mais pour le mettre à la disposition d'une filiale située à

plus tard en Argentine, au sein d'une filiale de cette dernière. À la suite d'une cession partielle de fonds de commerce, son contrat de travail avait été transféré à l'acquéreur du fonds en application du droit argentin. Après avoir contesté le transfert de son contrat et demandé à la société mère du groupe de le rapatrier en France, le salarié avait néanmoins signé un contrat de travail de droit argentin avec le cessionnaire. Il avait ensuite saisi le juge prud'homal d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de la société dominante du groupe ainsi que des indemnités de rupture. Pour rejeter sa demande, la Cour d'appel de Paris avait notamment relevé « qu'en l'absence de toute demande claire et non équivoque de rapatriement en France et de toute rupture du contrat de travail de droit argentin antérieures à la cession et alors qu'aucune fraude n'était alléguée », le contrat de travail de l'intéressé avait été transféré et sa novation acceptée, comme en attestait la signature du contrat avec le cessionnaire du fonds. Faute de rupture du contrat, le salarié ne pouvait donc invoquer l'article L. 122-14-8 (devenu L. 1231-5 du Code du travail). La Chambre sociale de la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel au motif que « la cession par la filiale argentine (...) de son fonds à une société tierce, mettait fin ipso facto au contrat de travail liant M. X... à la filiale argentine et qu'il s'en déduisait qu'il appartenait à la société mère (...) de prendre l'initiative du rapatriement du salarié et de lui proposer un reclassement ».

⁶¹⁵ Voir V. Stulz, *Mise à disposition internationale de salariés*, *Travail et Protection sociale* n°3, mars 2005, Étude 4 : « dans le cadre de la mise à disposition internationale de salariés, le contrat initial avec la société-mère n'est pas rompu. Il est le plus souvent simplement suspendu, du moins pour la plupart de ses effets ».

⁶¹⁶ Cass. soc. 10 févr. 2010, n° 08-42.860.

⁶¹⁷ Voir en même sens M-C. Amauger-Lattes, *Rapatriement et reclassement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère au sein de la société mère : l'interprétation large d'un texte restrictif*, *Soc. 13 novembre 2008*, n° 07-41.700, à paraître au *Bulletin et Soc. 13 nov. 2008*, n° 06-42.583, inédit, *revue de droit du travail*, 2009, p.29.

⁶¹⁸ Voir : Cass. soc. 15 mars 1994 n° 1426 D, *Mayer c/ Régie nationale des usines Renault* ; Cass. soc. 11-20.013, 09 janv. 2013.

l'étranger. L'hypothèse est fréquente, notamment pour les cadres de haut niveau qui ne s'engagent pas directement avec la filiale étrangère, mais par l'intermédiaire de la société mère. C'est-à-dire qu'ils concluent un contrat initial avec la société mère, prévoyant la rémunération à percevoir de la filiale étrangère et indiquant toutes les autres conditions conformes aux lois du pays d'accueil. La question qui se pose ainsi consiste à savoir si la seule existence d'un contrat de travail liant le salarié détaché à la société mère suffit pour l'application de l'article 1231-5, ou s'il faut encore que ce dernier ait exercé des fonctions auprès de la société mère antérieurement à son détachement.

331. La réponse ne semble pas unanime dans la jurisprudence. Selon la Cour de cassation, les dispositions dudit article ne s'appliquent qu'aux salariés ayant travaillé pour la société mère avant d'être détachés auprès de la société filiale⁶¹⁹. En revanche, un autre arrêt plus récent de la Cour d'appel de Versailles⁶²⁰, est venu préciser que l'existence d'un contrat liant le salarié à la société mère est établie même si ce contrat (le salarié n'ayant accompli aucun travail au sein de cette société) a été conclu pour l'exercice d'une fonction au sein d'une entreprise du groupe. Elle ajoute que : « dès lors que M.B. (le salarié détaché) lié à la société C.O (la société mère) par un contrat dit de mobilité à la disposition de la société O. Environnemental Groupe (filiale à l'étranger), et que la relation avec cette société a été rompue, il appartient à la société C.O. de rapatrier M.B et de lui procurer un nouvel emploi compatible avec la qualification de classification interne C.O nyx, reconnue par la lettre de 11 décembre 2001 ».

332. En comparant les deux décisions, il semble que la Cour de cassation s'est bien conformée à l'article L. 1231-5 du Code du travail, qui oblige la société mère à procurer au salarié un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein. Le problème que la Cour d'appel de Versailles avait ignoré réside dans le fait que le salarié licencié par la filiale étrangère, bien que disposant d'un contrat avec la société mère, n'a pas été employé au sein de celle-ci, d'autant qu'il est fort douteux que ce contrat puisse être qualifié de « contrat de travail »⁶²¹.

619 Cass. soc. 11 janv. 1995 n° 209.

620 CA de Versailles, Ch11, 03 mars 2009, n° 07/03837.

621 Voir dans le même sens : M-C. Amauger-Lattes, *op. cit.*, p.39 affirmant que « Le salarié doit enfin avoir été engagé par la société mère et avoir travaillé en son sein, même très brièvement, avant d'être mis à disposition de la filiale étrangère. Cette exigence découle de surcroît de la rédaction du texte qui prévoit le reclassement du salarié dans un emploi compatible avec l'importance des fonctions qu'il occupait au sein de la société mère » ; I. Beyneix, *Le salarié mis, par sa société mère, à la disposition d'une filiale étrangère doit être rapatrié et réintégré au sein de cette dernière, qu'il subsiste ou non un contrat originel entre eux.*, La

3- Conclusion d'un contrat avec la filiale étrangère

333. Un contrat de travail doit être conclu entre le salarié et la filiale étrangère. C'est une condition indispensable pour l'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail, sans quoi le salarié reste associé à un seul employeur, celui-ci étant la société mère⁶²². Mais même dans cette hypothèse, le salarié dispose d'un droit à la réintégration, « non pas en vertu de l'article L. 1231-5 du Code du travail, inapplicable en l'espèce, mais parce que le détachement à l'étranger constitue une modalité d'application de son contrat de travail avec la société mère⁶²³ ».

334. Par ailleurs, ledit texte ne prévoit pas la nature du contrat de travail conclu entre le salarié et la filiale étrangère. Cela conduit à se demander si ce contrat doit être conclu à durée indéterminée, ou peut également être conclu à durée déterminée. Selon A. Charveriat⁶²⁴ et ses coauteurs « une interprétation littérale du texte conduirait à exclure de son champ d'application le cas des salariés liés à la société filiale par contrat à durée déterminée. L'article L. 1231-5 vise en effet le cas du salarié licencié par la filiale. Or au sens strict du terme, le salarié dont le contrat à durée déterminée prend fin, n'est pas licencié ». Ce commentaire amène à conclure que les salariés mis à disposition d'une filiale à l'étranger, par un contrat à durée déterminée, n'ont pas droit à la réintégration, à la différence d'autres salariés liés à cette société par un contrat à durée indéterminée. Ce résultat, bien qu'incontestable, atténue davantage l'efficacité dudit texte en décevant nombre d'employés. En effet, les salariés de la société mère sont souvent détachés dans la filiale étrangère pour l'exercice d'une mission temporaire, qui ne dure parfois pas plus de quelques semaines ou mois. Le fait de les traiter ainsi, moins favorablement que leurs collègues ayant un contrat à durée indéterminée, ne semble pas être justifié. De même, il n'est pas exclu en pratique que la société mère procède, dans le but de se défaire d'un

semaine juridique entreprise et affaires, n°14, 2 avr. 2009, 1358. Elle écrit que « Le seul fait d'avoir travaillé pour le compte de la société mère avant la mise à disposition de la filiale établit l'existence d'un lien de subordination avec la société mère qui subsistera pendant la mise à disposition et qui fonde l'obligation de rapatriement et de réintégration ».

622 Voir en ce sens : CA. Riom, 11 janv. 2011, n°11/01607. La Cour cite dans cet arrêt : « les termes de l'article L 1231-5 du Code du Travail garantissant le rapatriement en France en cas de licenciement par la filiale n'étaient pas applicables. En effet, cet article vise le cas d'un salarié engagé par une société mère et mis à disposition par une filiale étrangère lorsqu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière. En l'espèce, cet article n'était pas applicable puisqu'il n'y avait pas de contrat spécifique avec la filiale polonaise, mais que le contrat de travail de Monsieur Olivier FLORET restait bien conclu avec la Société mère F. Mechanic ».

623 A. Charveriat et alter, *Groupes de sociétés*, op. cit., p. 1059.

624, *idem*, p. 1059.

certain nombre de travailleurs, à leur détachement dans une filiale à l'étranger, qui mettra par la suite fin à leur contrat. Pour éviter un tel paradoxe, nous estimons que la formulation de ce texte nécessite l'emploi d'un autre mot plus compréhensif que « licencié ».

4- Licenciement du salarié par la filiale étrangère

335. L'application de l'article L. 1231-5 du Code du travail suppose que le salarié détaché ait été licencié par la filiale étrangère. Les dispositions de cet article n'exigent pas un motif précis pour le licenciement. Celui-ci peut ainsi être prononcé pour des raisons économiques telles qu'une crise financière frappant l'entreprise filiale ou pour des motifs professionnels tels qu'une incapacité du travail ou la commission d'une faute⁶²⁵. Dans cette dernière hypothèse, la gravité de cette faute n'importe pas : le salarié licencié par la filiale dispose de son droit au retour et à la réintégration, même si ce licenciement se fonde sur une faute grave ou lourde commise par le salarié ; d'autant que le texte n'apporte aucune restriction sur ce point⁶²⁶.

336. En outre, si la fin du détachement n'a pas été décidée par la société filiale, mais que le salarié lui-même démissionne, rompant unilatéralement les liens l'unissant à cette dernière, il n'a pas donc à se prévaloir d'un droit au retour ni d'un droit au reclassement auprès de la société mère⁶²⁷.

B- Les conséquences du détachement

337. Le détachement du salarié auprès d'une filiale à l'étranger implique des effets aussi bien sur la société mère, employeur d'origine que sur le salarié détaché, lui-même.

1- Les conséquences quant à la société-mère

338. Aux termes de l'article L. 1231-5 du Code du travail, dès lors qu'elle a connaissance de la rupture du contrat du travail entre le salarié et la filiale étrangère, il appartient à la société mère de prendre l'initiative de rapatrier le salarié et de lui proposer un reclassement. Ces obligations s'imposent à la société mère même si le salarié ne

625 Les motifs du licenciement sont soumis à la compétence de la loi du pays d'accueil, la jurisprudence française n'exige pas que le licenciement soit conforme à la loi française. Voir : *Cass. soc. 13 nov. 2008 n° 06-42.583 (n° 1894 FS-PBR) Hernandez c/ Sté Geodis Logistics Ile-de-France : RJS 1/09 n° 68*.

626 Voir encore *P. Coursier, Rapatriement d'un salarié envoyé à l'étranger : peu importe le mode de rupture avec la filiale étrangère. JCP S., n°6, 3 fév. 2009, p. 1055*.

627 *P. Coursier, idem., p. 1055*.

demande pas son rapatriement et sa réintégration dans un emploi en France⁶²⁸.

Il convient dès lors d'aborder successivement : l'obligation de rapatriement et l'obligation de reclassement du salarié licencié par la filiale étrangère.

a- L'obligation de rapatriement

339. La société mère doit assurer le rapatriement du salarié détaché dès lors que celui-ci est licencié. Tout retard peut l'exposer à prendre en charge les frais du séjour engagé par le salarié entre la date de cessation de ses fonctions et celle de son retour. Celui-ci aurait encore droit à des dommages-intérêts s'il a été établi que la société mère était à l'origine de ce retard, malgré sa mise en demeure par le salarié.

En outre, l'obligation de rapatriement implique que la société mère assume les frais de transport du salarié. On peut regretter que ledit texte (L. 1231-5 du Code du travail) ne prévoie pas le rapatriement du conjoint et des enfants du salarié licencié.

b- L'obligation de reclassement

340. En application de l'article L. 1231-5 du Code du travail, la société mère doit procurer au salarié licencié par sa filiale étrangère un nouvel emploi en son sein, faute de quoi elle peut être condamnée à lui verser à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que des dommages-intérêts pour le même motif⁶²⁹.

La société mère n'a pas à obliger le salarié à accepter une réintégration dans une autre société de son groupe, même si celle-ci est située dans le pays d'accueil de la filiale étrangère, ou lui offre une rémunération plus confortable. La seule raison qui pourrait la dispenser de son obligation consiste en l'impossibilité de reclasser le salarié, faute de poste disponible compatible avec ses précédentes fonctions⁶³⁰. Cela arrive en effet lorsque les compétences du salarié ayant réalisé une grande partie de sa carrière à l'étranger, parfois successivement dans plusieurs pays, ne correspondent plus aux postes disponibles au sein de la société mère⁶³¹. Cependant, même en l'occurrence, il incombe à la société mère de justifier des efforts entrepris pour trouver au salarié un nouvel emploi : il ne lui suffit pas

628 Cass. soc. 6 juill. 1982 n° 1419 : Bull. civ. V n° 451 ; Cass. soc. 13 nov. 2008 n° 06-42.583 (n° 1894 FS-PBR) *Hernandez c/ Sté Geodis Logistics Ile-de-France* : RJS 1/09 n° 68.

629 Cass. soc. 4 déc. 1985 : Bull. civ. V n° 569.

630 Cass. soc. 30 mai 1991, *SA Coframines c/ Tamalet* : « l'impossibilité de reclassement d'un salarié détaché à l'étranger, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement ».

631 Voir encore V. Stulz, *op. cit.*, p. 2.

d'invoquer de simples démarches effectuées pour tenter de le reclasser⁶³².

341. Par ailleurs, s'agissant de l'emploi proposé au salarié, il doit, selon ledit article L. 1231-5, être « compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions », exercées au sein de la société mère. Si ces fonctions ne sont plus disponibles, la société mère doit retrouver au salarié un nouvel travail équivalant à son niveau hiérarchique, à sa rémunération et, plus largement, à ses conditions de travail. Face à une impossibilité, elle doit lui notifier son licenciement.

c- Le licenciement à juste motif

342. La société mère peut donc se dégager de son obligation de reclassement en établissant l'impossibilité de reclasser le salarié dans son ancien poste ou dans un poste équivalent disponible. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si cette impossibilité représente le seul motif de ce dégageant ou s'il y en a d'autres. On peut imaginer en pratique deux hypothèses. D'une part, le salarié détaché dans la filiale étrangère peut être licencié par celle-ci en raison d'une faute grave ou lourde. On peut ainsi se demander si son contrat de travail initial fera ou non l'objet d'une résiliation par la société mère employeuse d'origine. D'autre part, il n'est pas exclu que la filiale étrangère procède au licenciement du salarié détaché en son sein au gré d'une crise financière frappant son groupe en entier. Dans ce contexte, la société-mère, peut-elle invoquer le motif économique pour prononcer le licenciement de ce salarié ?

1) Le licenciement de salarié pour faute commise au sein de la filiale étrangère

343. C'est un motif personnel fondé sur l'incompétence ou la faute du salarié commise pendant l'exercice de sa carrière dans la filiale étrangère. Notons d'abord qu'il n'est pas contestable que la filiale étrangère puisse s'appuyer sur ce motif pour licencier le salarié. La question concerne donc la société mère qui considère souvent le groupe de sociétés comme une entreprise particulière au point qu'elle estime impossible le maintien en son sein d'un salarié licencié par une filiale.

Selon un auteur⁶³³, la difficulté de réintégrer le salarié se pose lorsque la résiliation de la mise à disposition par la filiale est fondée sur un motif personnel suffisamment grave pour que la société mère estime que le maintien de l'intéressé n'est plus possible, même au

632 Cass. soc. 30 mai 1991, SA Coframines c/ Tamalet.

633 V. Stulz, *op. cit.*, p.2.

sein de la société mère. « Ainsi cette dernière peut décider de licencier immédiatement l'intéressé lorsque les faits ayant conduit la filiale à mettre un terme à la mise à disposition rendent impossible le maintien du salarié dans le groupe, c'est le cas, par exemple, lorsque le salarié a commis des indécroissances ou des détournements de fonds ou toute autre faute grave ou lourde».

344. Sur le plan de la jurisprudence, la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 1999⁶³⁴ n'était pas convaincue par ces raisonnements. Dans cette affaire, il s'agissait d'un salarié qui avait été détaché par la Société Générale (société mère française) auprès d'une filiale suisse, licencié ensuite par celle-ci pour faute grave, et congédié par la Société Générale pour le même motif. Contre les deux sociétés, ce salarié avait saisi la juridiction française pour qu'elles soient condamnées solidairement au paiement d'indemnités pour rupture du contrat de détachement et pour rupture du contrat de travail, ainsi qu'au paiement de dommages-intérêts liés aux circonstances de la rupture. Ces demandes ont été rejetées par la Cour d'appel de Paris⁶³⁵ qui a considéré que les fautes reprochées au salarié étaient suffisamment graves, justifiant son licenciement par la société-mère. La Cour de cassation, désapprouvant ce raisonnement, affirme que « si la société filiale met fin au détachement, le salarié peut se prévaloir des règles relatives au licenciement, et que la société mère, tenue de le réintégrer, ne peut le licencier qu'en invoquant une cause réelle et sérieuse de ce licenciement (...); qu'en statuant qu'elle a fait, alors qu'il lui incombait de statuer séparément sur les deux licenciements et d'examiner si chacun d'eux avait une cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

345. Selon la Cour de cassation, il ne suffit donc pas que le salarié soit qualifié de « fautif » dans la société filiale pour justifier son licenciement par la société mère, mais il faut établir l'existence d'une faute commise lors de l'exécution de son contrat dans la société mère. Cette exigence semble logique considérant que le salarié est en lien avec les deux sociétés par deux contrats séparés. Le fait que la filiale étrangère fasse partie du même groupe que la société mère n'implique pas qu'il existe une confusion entre leurs personnels, puisque les deux sociétés disposent chacune de sa personnalité juridique autonome. De plus, la reprise par la société mère du même motif de licenciement pourrait constituer à l'égard du salarié licencié une double sanction, en tant que telle prohibée par la jurisprudence de la Cour de cassation.

634 *Cass. soc.* 30 mars 1999, n°97-40.544, *Bull.* 1999 VN°141, p.101.

635 *CA. Paris*, 1 oct. 1996.

2) Le licenciement du salarié pour motif économique

346. Il est envisageable que la filiale étrangère procède au licenciement du salarié mis à sa disposition suite à des difficultés financières qui portent atteinte au groupe en entier. La société mère peut alors se fonder sur ce motif pour notifier au salarié la résiliation de son contrat initial. Mais avant cela, elle doit établir que les problèmes financiers sont de nature à affecter sa propre trésorerie et ne se limitent pas seulement à celle de sa filiale étrangère. Faute de quoi, le licenciement doit être réputé « sans cause réelle et sérieuse ». La Cour de cassation considéra dans une affaire comme non justifié le licenciement par une société mère française d'un salarié auparavant détaché auprès d'une filiale africaine (licenciement prononcé en raison de la mise en sommeil de cette filiale), au motif que les difficultés rencontrées par la filiale n'affectaient pas la société mère, dont la progression de l'activité était élevée⁶³⁶.

2- Les conséquences du détachement sur le salarié lui-même

347. Aux termes de l'article L. 1231-5 du Code du travail, le salarié licencié par la filiale dispose d'un droit de rapatriement et de reclassement dans la société mère. Pour bénéficier de ces droits, il doit informer cette dernière qui procédera à leur mise en œuvre. La question se pose cependant de l'effet du refus du salarié de son rapatriement ou reclassement : peut-on considérer ce refus comme une cause réelle et sérieuse à son licenciement ? Dans une décision datée du 2 mars 1994, la Cour de cassation⁶³⁷ censura une Cour d'appel pour avoir estimé que la rupture du contrat de travail était imputée à un salarié détaché à l'étranger dans une filiale, lequel, après rupture du contrat, avait refusé d'être rapatrié en France dans son entreprise d'origine sur un poste de cadre supérieur. Selon la Cour de cassation, il fallait établir la volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner ; sinon, la rupture devait s'analyser comme un licenciement.

348. Pour autant, si la société mère fait la preuve que le poste proposé au salarié est identique ou équivalent à celui qu'il avait occupé avant son détachement, le refus par ce dernier peut donner lieu à son licenciement. Dans une décision rendue le 26 janvier 1986⁶³⁸, la Cour de cassation déclara que le refus d'un salarié détaché à l'étranger d'accepter à la fin de son détachement le poste qui lui était offert en France constituait une

⁶³⁶ Cass. soc, 17 févr. 1998, n°841.

⁶³⁷ Cass. soc. 2 mars 1994, n°1108.

⁶³⁸ Cass. soc. 26 janv. 1983 n° 144.

cause réelle et sérieuse, dès lors que le poste proposé ne constituait pas un déclassement⁶³⁹.

349. Par ailleurs, il se pourrait que le salarié prétende avoir perçu dans la filiale d'accueil une rémunération plus avantageuse que celle que prévoyait son contrat initial dans le pays d'origine. Cela est en effet envisageable lorsque les conditions de travail dans ce pays sont très différentes de celles existant en France, ou si le salarié a été recruté, au sein de la filiale étrangère, à un poste de haut niveau. On peut ainsi se demander s'il peut s'opposer à sa réintégration dans la société mère avec une rémunération moins favorable. Selon la Cour de cassation⁶⁴⁰, il ne faut pas méconnaître la différence entre les conditions de travail dans les deux pays. Le salarié ne peut pas demander plus que stipule son contrat de travail initial en France.

II- Le détachement du salarié dans une filiale pour l'exercice d'un mandat social

350. Comme nous l'avons constaté, la société mère tend souvent à verrouiller son contrôle sur son groupe, tantôt par ses prérogatives exercées au sein des assemblées générales et du conseil d'administration de ses filiales, tantôt par des mécanismes contractuels de formes différentes. Il arrive souvent qu'elle recrute une personne dans le but de lui confier les fonctions de mandataire social dans une filiale⁶⁴¹. Comme C. Malecki⁶⁴² le suggère, cette situation relativement nouvelle, issue du droit du groupe de sociétés, place le salarié dirigeant sous une double influence. À l'égard de la filiale, c'est en principe un véritable dirigeant, détenteur de toutes les compétences dévolues aux dirigeants sociaux, mais vis-à-vis de la société mère, il n'est en réalité qu'un simple employé, dépourvu de toute autonomie. Il devrait en cette qualité suivre d'une manière stricte les directives quotidiennes de cette dernière.

Cette position délicate soulève en pratique maints problèmes afférents à la protection de ce cadre dirigeant. Il s'agit en premier lieu de la qualification du contrat liant cette personne à la société mère. En l'absence de toute fonction technique distincte du mandat

639 Voir aussi plus récemment *Cass. soc.* 10 nov. 2009, n°08-41.758. Dans cet arrêt la Cour affirme que « le refus du salarié détaché de rejoindre une nouvelle affectation dans un poste équivalent et pour une même rémunération constitue une faute ; qu'en jugeant dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié détaché ayant refusé son rapatriement, sans constater ni un déclassement ni une baisse de rémunération, et au motif inopérant que le poste de chargé de mission serait imprécis, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 1231-5, L. 1232-1 du code du travail ».

640 *Cass. soc.* 26 janv. 1983 n° 144.

641 Voir J.-C. Hallouin, *Le dirigeant d'une filiale peut bénéficier de la part de la société mère d'un contrat de travail dont l'objet exclusif est la gestion de la filiale, l'existence d'un lien de subordination étant ainsi caractérisée*, Dalloz, 1998, somm. p.186.

642 C. Malecki, *Les dirigeants de la filiale*, op. cit., 2000, p. 453.

social, on se trouve en effet en droit de douter de l'existence d'un contrat de travail. D'autre part, le salarié détient souvent son poste de dirigeant dans la filiale par un avenant à son contrat de travail avec la société mère, ou par une nouvelle convention ajoutée à ce contrat, ce qui pose la question de la continuité ou la discontinuité de ce contrat initial. De plus, il n'est pas exclu que ce salarié dirigeant soit révoqué de son poste de dirigeant ou de représentant par un acte de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, ou par une décision judiciaire, ce qui pose encore la question de sa réintégration dans la société mère. La question pourrait également se poser *a contrario* lorsque celle-ci résilie le contrat de travail, mettant en cause le sort du mandat social dans la filiale.

La réponse à toutes ces questions nous amène à aborder les conditions et les conséquences de cette forme de détachement.

A- Les conditions du détachement

351. D'abord, il est à signaler que la Cour de cassation émet certaines réserves sur la validité d'un contrat conclu entre le salarié et la société mère ayant pour objet exclusif l'exécution d'un mandat social dans une filiale. Elle exige pour cette validité trois conditions : l'existence d'un lien de subordination entre le mandataire social et la société mère, la rémunération de ce mandataire par la société mère, et l'exercice des fonctions pour lesquelles il était engagé.

1- L'existence d'un lien de subordination

352. Cette exigence apporte à l'acte conclu entre le salarié et la société mère sa caractéristique de « contrat de travail ». Bien que l'objet de ce contrat consiste en l'exercice d'un mandat social dans une filiale, la soumission du salarié aux directives de la société mère est de nature à écarter l'application du régime du mandat social pour le remplacer par celui du contrat de travail. Dans un arrêt daté du 2 octobre 1991⁶⁴³, la Cour de cassation rapporte l'existence d'un lien de subordination à la réception par le dirigeant-salarié des directives de la société mère relatives à l'exécution de son mandat dans la filiale, ainsi qu'à son obligation de rendre compte à cette dernière de toute question importante tenant à l'exercice de ses fonctions de mandataire dans la filiale. Elle affirme en ce sens que « le cumul entre un mandat social et des fonctions salariées n'est possible qu'à la condition que ces dernières correspondent à un emploi subordonné effectif, distinct du mandat social, en

643 Cass. soc. 2 oct. 1991, n°2878 D, SNC Cogesti et Cie c/Klaine.

contrepartie duquel est versé un salaire distinct de la rétribution du mandat ».

353. Du reste, les pouvoirs qu'exercent la société mère, associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, sur le représentant social de celle-ci, ne suffisent pas en elles-mêmes à établir l'existence d'un lien de subordination entre les deux. La Cour de cassation⁶⁴⁴ a eu l'occasion de déclarer que « le seul fait d'être le mandataire social d'une société contrôlée directement ou indirectement par une autre ne donne pas à l'intéressé la qualité de salarié de la société mère en l'absence d'une subordination directe à celle-ci ; et attendu que la Cour d'appel (...) a relevé que l'intéressé avait été investi de mandats sociaux directement par la société STEF et n'apportait aucune preuve d'une situation de subordination juridique vis-à-vis de la société CGMF ; qu'elle a légalement justifié sa décision ».

Dans une autre affaire⁶⁴⁵, la même Cour avait considéré comme présomption de l'existence du lien de subordination, le fait que la société mère ait licencié le mandataire de la filiale pour n'avoir pas suivi ses instructions. Dans cette affaire, Il s'agit d'une personne engagée par un contrat de travail avec une société mère américaine, dite *Foxboro International*, afin d'exercer les fonctions de mandataire ou de dirigeant auprès des filiales en France et en Europe, membres du groupe *Foxboro*. Elle a été désignée ensuite directeur général de la société *Foxboro France*. S'étant opposé au plan de réduction des effectifs ordonné par le PDG de la société mère, le dirigeant-salarié a été licencié le 2 mars 1991 et révoqué de son mandat social. Il a ainsi saisi le tribunal en vue d'obtenir le paiement des indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ayant confirmé la décision des Prud'hommes, qui avait répondu à ces demandes, l'arrêt de la Cour d'appel fit l'objet d'un recours devant la Cour de cassation. Les sociétés *Foxboro International* et *Foxboro France* firent grief à cet arrêt d'avoir constaté que le contrat de travail était valable sans que soit prouvée l'existence d'un lien de subordination effectif entre le mandataire de la filiale française et la société mère. Elles estimèrent également que les seules directives émanant du conseil d'administration de celle-ci dans le cadre du mandat social ne suffisent pas à créer ce lien. La Cour de cassation, déboutant les sociétés intimées de leurs demandes, déclara que : « Mais attendu, d'abord, que la Cour d'appel a relevé que *M. Schallebaum* (le prétendu salarié) engagé par la société mère pour diriger l'une de ses filiales a exercé ses fonctions sous la dépendance des dirigeants de la

644 Cass. soc. 28 juin 2001, n°3184.

645 Cass. soc. 4 mars 1997, n° 1056.

société mère qui l'ont licencié pour n'avoir pas exécuté leurs instructions; qu'elle a, au vu de ces constatations, caractérisé l'existence d'un lien de subordination ».

354. Dès lors, la jurisprudence française tient compte de la situation concrète des dirigeants des sociétés filiales dans le groupe. Tant qu'il n'existe pas un lien de subordination entre ces dirigeants et la direction centrale de la société mère, celle-ci ne peut être qualifiée « d'employeur », même si elle dispose, en tant qu'associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, d'un certain nombre de pouvoirs⁶⁴⁶. Pour avoir une telle qualification, il faudrait que ses dirigeants dépassent les limites du contrôle normalement exercé par l'associé majoritaire sur le mandataire social.

2- La rémunération du salarié par la société mère

355. Pour caractériser l'existence du contrat de travail entre la société mère et le mandataire social de sa filiale, certaines décisions font référence au versement par la première au second d'une rémunération ou d'une prime. La Cour de cassation⁶⁴⁷ a retenu dans un arrêt l'existence d'un contrat de travail entre une société américaine, mère d'une filiale française, et le directeur général de cette filiale alors même que celui-ci ne percevait qu'une seule et unique rémunération versée par la filiale française.

3- L'exercice des fonctions pour lesquelles l'intéressé a été engagé

356. Les fonctions dévolues au salarié de la société mère, dirigeant de la filiale, consistent essentiellement en l'exercice d'un mandat social auprès de la filiale. Il ne s'agit pas nécessairement de fonctions techniques ou financières, distinctes du mandat social, mais plutôt de fonctions administratives. Le salarié est engagé d'ordinaire pour exercer un poste important dans la filiale : poste de président du conseil d'administration ou de surveillance, ou poste de directeur général. Mais il n'est pas rare aussi d'observer l'existence de salariés exerçant des fonctions plus spécifiques dans la filiale. Par exemple,

⁶⁴⁶ CA Versailles, 5^e ch. B soc. 9 nov. 2000, *Puret-Denia c/ SAS Asahi Diamond Industrial Europe*: Bull. Joly 2001 § 41, note G. Auzero « s'il est exact qu'une personne engagée pour exercer un mandat social dans une filiale peut avoir, sous certaines conditions, la qualité de salarié de la société-mère de ladite filiale, il ne peut cependant en être déduit que toute personne placée à la tête d'une filiale aurait automatiquement un contrat de travail avec la société-mère (...), en l'espèce, il n'existe pas la moindre présomption de l'existence d'un tel contrat de travail, existence dont la preuve doit être rapportée selon les critères classiques (la prestation de travail, la rémunération et la subordination juridique) ».

⁶⁴⁷ Cass. soc. 2 déc. 2008, 07-44.68507-44.762, inédit. La Cour a déclaré en ce sens que « Alors, de deuxième part, que le versement de la rémunération du salarié engagé par la société mère de droit américain pour diriger l'une de ses filiales en France, par la seule filiale française, n'est pas de nature à exclure l'existence d'un lien de subordination entre ce salarié et la société mère ; qu'en déboutant M. X... de sa demande motif pris de ce qu'il n'avait jamais perçu de rémunération de la société Manpower Inc., la cour d'appel a statué par un motif inopérant, en violation des articles L. 121-1 et L. 511-1 du code du travail ».

lorsqu'il s'agit d'un contrat de transfert de technologie, on envoie souvent des dirigeants techniques et financiers, salariés de la société mère propriétaire, avec mission de protéger et de mettre en œuvre la technologie utilisée par la filiale acquéreuse.

En tout état de cause, il ne doit pas y avoir de confusion entre ces fonctions : lorsqu'elles sont exercées par l'intéressé pour l'exécution de son contrat de travail, et lorsqu'elles sont exercées pour mettre en œuvre son mandat social. Les écarts dans cet exercice constituent dans la première hypothèse une violation du contrat de travail dont la sanction est appliquée à la société mère ; alors que cette faute constitue dans la seconde une infraction au mandat social, dont la sanction doit être décidée par la société filiale. La question porte dans les deux cas sur les effets de la rupture du contrat de travail ou du mandat.

B- Les conséquences du détachement de salarié-mandataire

357. La situation particulière du salarié-mandataire soulève maintes difficultés pratiques en cas de licenciement ou de révocation. Le fait que celui-ci soit mandataire d'une entreprise contrôlée par son employeur rend délicat le maintien de son mandat en cas de licenciement. De même, le contrat de travail peut n'avoir pour objet que l'exercice d'un mandat social auprès d'une société filiale. La résiliation de ce mandat par la filiale induirait le cas échéant des conséquences indésirables sur la validité du contrat de travail et la réintégration du salarié au sein de la société mère.

358. En l'absence de traitements législatifs proprement liés à cette question, la jurisprudence estime que les deux rapports doivent être analysés séparément. Comme le groupe auquel appartiennent les deux sociétés ne dispose pas d'une personnalité juridique distincte, la rupture de l'un ou de l'autre de ces rapports ne peut produire que des effets intrinsèques, même si leur objet est confondu. Par conséquent, si le salarié-dirigeant a été révoqué par la filiale, son licenciement par la société mère ne peut pas être automatique, mais doit s'appuyer sur un motif juste et réel. Dans une affaire rendue en décembre 2008⁶⁴⁸, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Dans ce cas, le fondateur d'une société de conseil en communication financière, a cédé la majorité de ses fonctions à un groupe : il a été décidé qu'il serait alors désigné président et bénéficierait d'un contrat de travail en qualité de directeur consultant. De fait, un contrat de travail était établi avant qu'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires le

⁶⁴⁸ Cass soc 10 Déc. 2008, n°07-43.371, *Société Equity conseil Gavin Anderson/ Balva*.

nomme président. Un an plus tard, l'intéressé était révoqué de son mandat de président puis rapidement licencié pour faute grave. Estimant que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel de Paris a condamné l'employeur à des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice subi par suite de la non-observance par le salarié d'une clause dite « de respect de la clientèle ». La Cour de cassation a confirmé cette décision en déclarant que « c'est à bon droit que la Cour d'appel avait observé que le salarié avait été recruté comme directeur consultant avec la mission de mettre en place, d'animer, de superviser l'équipe commerciale de l'agence, de développer la clientèle acquise, d'animer la prospection, puis que l'intéressé avait été nommé président, chargé de représenter, de diriger, d'administrer la société ».

Dès lors, les missions relatives à la direction générale relevaient du mandat social et non du contrat de travail. Il s'en est suivi selon la Cour de cassation qu'il n'existait pas d'interdépendance en aucune façon entre des fautes susceptibles d'avoir été commises dans le cadre du mandat social et les fonctions exercées dans le cadre d'un contrat de travail et censées être distinctes du mandat.

359. Toutefois, il n'est pas évident dans la pratique que le mandataire social révoqué par la filiale demeure par ailleurs longtemps salarié de la société mère. Si cette dernière entend néanmoins « faire place nette », il lui appartient de licencier le salarié pour des motifs liés au contrat indépendamment du mandat social⁶⁴⁹. Quelque soit la raison de la révocation du mandataire-salarié par la filiale, la société mère ne pourra l'invoquer en vue de mettre fin au contrat de travail de ce dernier. Par exemple, si la révocation a été justifiée par un motif économique, tel que des difficultés d'ordre pécuniaire ou une disparition, absorption ou cession de la filiale, la société mère doit se prévaloir d'un motif économique particulier, ou d'un motif inhérent à son rapport avec le salarié. A défaut, le licenciement donnera lieu au versement des indemnités de rupture prévues par le Code du travail ou par des conventions collectives applicables. Mais, il n'est pas rare que le contrat de travail ait pour objet exclusif l'exercice d'un mandat social dans la filiale, c'est-à-dire, la tâche que confie la société mère au salarié est, en somme, la direction de sa filiale. La fin de ce mandat pour quelque raison que ce soit implique en l'état que le contrat de travail soit dénué de tout objet ; elle doit ainsi donner lieu à sa disparition⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ Cass. soc. 11 mars 2003 n° 742 FS PB : RJS 10/01 n° 1157.

⁶⁵⁰ Voir aussi C. Malecki., *op. cit.*, p. 9 : « Il y a davantage disparition du contrat à la suite de la disparition de son objet en raison de la révocation, qui pourrait être une illustration de la caducité ».

360. Par ailleurs, la question peut se poser *a contrario*, lorsque le salarié-mandataire a été licencié par la société mère alors qu'il occupait encore un poste de dirigeant dans la filiale : le licenciement peut-il provoquer la révocation automatique par la filiale ?

Dans un arrêt daté du 12 juin 2007, la Cour de cassation⁶⁵¹ est venue préciser que le licenciement du salarié-mandataire par la société mère doit donner lieu à la révocation *ad nutum* de ce dernier par la filiale. Il s'agit en l'espèce d'un contrat de travail conclu entre le groupe Ingénierie Europe (le Groupe *Ginger*) et *M. Bel* qui a reçu le titre de « directeur du développement de la société *Ginger* » aux fins de diriger « les autres structures et services de *Ginger* et ses filiales pour tout ce qui concerne la coordination nécessaire avec l'exécution de sa mission ». Par décision du conseil d'administration ce salarié a été nommé directeur général délégué de la société Centre d'expertise du bâtiment et des travaux publics (*CEBTP*). Ensuite, à l'occasion d'un litige sur l'organisation de la direction de la société *CEBTP* et sur les modifications des fonctions annoncées dans son contrat de travail, *M. Bel* a été licencié par la société mère (le Groupe *Ginger*). Le jour-même, le conseil d'administration de la société *CEBTP* a procédé à sa révocation sous fondement de perte de confiance.

361. Soutenant que sa révocation ne reposait pas sur de justes motifs et avait été abusive, l'intéressé a saisi le conseil des prud'hommes pour faire constater la résiliation de son contrat de travail et obtenir des dommages-intérêts. La Cour d'appel de Versailles, par un arrêt du 2 mars 2006, a donné droit à la filiale en lui reconnaissant la faculté d'invoquer la perte de confiance dans la société mère comme juste motif de révocation dans la filiale. Pour les demandeurs au pourvoi, cette solution n'était pas admissible, tant sur le terrain des droits de l'homme et du droit à un procès équitable que sur celui du juste motif de révocation de l'article L. 225-55 du Code de commerce. Selon eux, la révocation intervenait dans une société différente de celle où avait eu lieu la résiliation du contrat de travail. La Cour d'appel a été approuvée par la Cour de cassation : « à raison de la détérioration des relations devenues conflictuelles entre l'intéressé et les sociétés du Groupe, la perte de confiance dans la société mère justifiait la révocation du mandat dans la filiale ».

On constate ainsi, comme J-P Dom⁶⁵², que la Cour de cassation « reconnaît que, dans

⁶⁵¹ Cass. Com. 12 juin 2007, *Bel c/ Sté CEBTP*. Rev. soc. 2008, p.124. note J-P. Dom.

⁶⁵² J-P. Dom. La perte de confiance dans le salarié de la société mère justifie sa révocation en tant que directeur général de la filiale, Note sous Cour de cassation (com.) 12 juin 2007, *Bel c/ Sté CEBTP*. Rev. soc.

une logique de management du groupe, la perte de confiance envers le salarié de la société mère transcende les personnalités morales pour légitimer la révocation sans indemnité du mandat social exercé par la même personne dans la filiale ».

362. Mais, Comme *M. Cozian* et co-auteurs l'ont écrit, il faut se rendre compte que la révocation *ad nutum* n'autorise pas « la malveillance gratuite ». Le dirigeant, se fondant sur l'article 1382 du Code civil, peut réclamer des dommages-intérêts si son éviction intervient dans des circonstances injurieuses ou vexatoires⁶⁵³. Autrement dit, et comme a pu le souligner un auteur⁶⁵⁴, « comme beaucoup de droits réputés discrétionnaires celui de révoquer *ad nutum* a été soumis à un contrôle léger de la part du juge, destiné à éviter que cette révocation ne dégénère en abus⁶⁵⁵ ».

2008, p. 124.

⁶⁵³ Voir *M. Cozian, A. Viandier, Deboissy, Droit des sociétés, Litec, éd 17, 2004.*

⁶⁵⁴ *F.-X. Lucas, Le principe du contradictoire en droit des sociétés, in Libertés et droits fondamentaux, dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, 15^e éd., Dalloz, 2009, n° 945, p. 719.*

⁶⁵⁵ Voir aussi, *A. Albarian, la révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance, RTD Com. 2012, p. 1, n°9.* Après avoir analysé plusieurs affaires judiciaires, l'auteur a conclu que « dans toutes les affaires susmentionnées, l'on sent bien - au-delà de toute considération liée à la pédagogie ou à la simple correction - la volonté des mandants, à travers l'invocation d'une perte de confiance légitime, de se prémunir contre la commission d'un éventuel abus de droit qui les conduirait à verser des dommages-intérêts au mandataire évincé(...) La limitation du pouvoir de révocation de ce type particulier de mandataires sociaux (voire associatifs) paraît, en effet, suffisamment garantie d'autant que la perte de confiance justifiant la révocation du mandat doit être objectivement fondée».

Conclusion du chapitre

363. Il ressort au terme du présent chapitre que les diverses sociétés d'un groupe peuvent être considérées comme une entreprise unique, dès lors qu'elles constituent une unité économique et sociale, caractérisée notamment par la concentration de la direction⁶⁵⁶. Cette adaptation permet à la jurisprudence d'écarter le critère formel qui considère comme seul employeur la filiale qui a recruté le salarié et le rémunère, pour retenir en qualité d'employeur la société mère qui exerce effectivement le pouvoir de direction.

Cependant, fondamentalement, les règles du droit du travail ne sont pas bouleversées par l'irruption du groupe dans les relations individuelles. L'évolution juridique et jurisprudentielle se justifie en la matière par deux motifs logiques : l'immixtion de la société mère dans les relations contractuelles entre la filiale et ses salariés, et l'assurance donnée à ces derniers d'une meilleure protection contre cette ingérence.

Toutefois, dans d'autres situations, les salariés pourraient être affectés par l'existence du groupe au point qu'ils le payent de leur carrière. En effet, les difficultés économiques que traverse la société mère ou certaines filiales impliquent souvent à cette dernière de procéder à la restructuration du groupe. En conséquence, des incidences sur les salariés des filiales touchées par cette opération devraient être constatées.

⁶⁵⁶ Voir aussi, S. Pitz, *Peut-on concevoir la faillite d'un groupe de sociétés*, Mémoire sous la direction de Jean-Luc Vallens, Année universitaire 2001/2002, Université Robert Schuman de Strasbourg, n°8, p.6.

Chapitre II : La protection des salariés en cas de restructuration du groupe

364. La nécessité de l'adaptation aux changements sociaux, économiques et juridiques est le quotidien de la vie des entreprises qui doivent constamment se conformer aux contraintes et aux pressions du marché pour maintenir des avantages concurrentiels⁶⁵⁷. Les restructurations constituent donc un moyen habituel et efficace pour répondre à cette nécessité. Elles peuvent avoir pour fait déclencheur aussi bien une situation de croissance imposant une optimisation des moyens de l'entreprise, qu'une situation de détresse financière. La réduction ou l'augmentation d'actifs, l'externalisation d'activités, l'arrivée d'une nouvelle technologie et la transformation de la forme juridique de l'entreprise sont des éléments de réaction classique face à un climat économique fragile et aux incertitudes. À cet égard, une société filiale peut opter pour différents choix, tels la réduction ou l'augmentation de son capital afin d'apurer ses pertes sociales ; la délocalisation de son système de production dans des zones/pays où la main-d'œuvre est moins coûteuse et les règles sociales et sécuritaires sont moins nombreuses ; les mutations technologiques en mesure de remplacer une partie des salariés; la transformation de son statut juridique sous forme d'une société à risque limité en vue d'abriter la société mère et ses coassociés ; la prise de contrôle d'une nouvelle société mère dont la capacité financière et économique est plus puissante.

365. De ce fait, une restructuration suscite par nature des incidences pesant sur la vie sociale, menaçant les salariés de changements notables dans leur situation juridique. Le risque s'accroît significativement lorsqu'il s'agit de salariés liés à des sociétés membres d'un groupe, étant donné que la restructuration de ces sociétés s'apprécie souvent au niveau du groupe, alors même que certaines d'elles sont *in bonis*. En effet, il n'est pas rare qu'une filiale saine se voit obligée, pour la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde, de modifier sa situation économique ou juridique du seul fait qu'une ou plusieurs autres sociétés de son groupe sont en difficulté, même si leur cadre géographique déborde les frontières du

⁶⁵⁷ Voir, « Orientations de référence pour gérer le changement et ses conséquences sociales », Unice, The Voice of Business in Europe, Texte commun des partenaires sociaux au niveau européen, 16 octobre 2003 (file:///C:/Users/azerty/Downloads/Orientations%20de%20reference%20.pdf) : « *L'adaptation au changement est un phénomène permanent de la vie des entreprises et des salariés. La majeure partie de cette adaptation n'entraîne pas de pertes d'emplois. Toutefois, il se peut qu'une restructuration plus en profondeur soit nécessaire à certains moments. L'existence d'un dialogue social de qualité dans un climat de confiance et une attitude positive face au changement sont des facteurs importants pour éviter ou limiter les conséquences sociales négatives.* ».

territoire national⁶⁵⁸.

On peut citer à titre d'illustration, l'histoire récente de la société Opel (filiale automobile allemande du constructeur américain Général-Motors), qui fit l'objet d'un plan de sauvegarde par sa mère américaine. Cette dernière, suite à une grande difficulté financière issue de ses pertes colossales en Amérique du nord, procéda en 2009 à une vaste restructuration de sa filiale Opel, visant d'ici 2015 la suppression de 8300 postes sur un total de 50000 emplois en Europe. Des usines devraient, selon ce plan, être fermées, notamment celle d'Anvers en Belgique avec 2377 travailleurs, et celle d'Eisenach en Allemagne avec 3911 salariés ; d'autres usines devraient limiter l'ampleur de leurs effectifs, à savoir celle de Saragosse en Espagne avec 900 suppressions, et celle de Vauxhall à Luton au Royaume-Uni, avec 354 suppressions.

366. Quoique cette restructuration soit prescrite par une société américaine, on voit que les salariés affectés font partie d'une société allemande. L'indépendance juridique et la différence nationale entre ces deux sociétés ne pouvaient dissimuler leur unité économique, ou empêcher la position dominante dont dispose la société mère à l'égard du personnel de sa filiale. Cette histoire illustre d'ailleurs un usage bien constaté dans le cadre de groupes. Le plan de restructuration ne se décide en général pas à la seule diligence des filiales visées, mais *a priori* à un niveau supérieur et plus collectif, suivant des considérations nettement économiques et financières, relatives au groupe dans son entier. C'est souvent la société mère qui élabore le programme de restructuration et définit sa modalité d'application, laquelle peut suivre en pratique plusieurs mécanismes, tels que la fermeture de certaines activités ou succursales, la transformation, la cession totale ou partielle d'une filiale en difficulté, ou la suppression d'un certain nombre d'emplois. Mais dans tous les cas, une telle concentration de pouvoirs ne se passe pas sans difficultés juridiques, inhérentes notamment à l'indépendance des sociétés liées au groupe.

367. Aussi, pour que la société mère soit qualifiée de « responsable » face aux salariés de ses filiales, les pouvoirs de fait qu'elle exerce doivent être encadrés par la loi. Or, cet encadrement n'est toujours pas effectif en droit libyen, car il n'existe jusqu'à présent aucune procédure de reclassement ni plan de sauvegarde largement applicables aux groupes. En revanche, en droit français, ce problème a été traité d'une manière adéquate.

658 Voir en même sens P. Billion, *Les groupes de PME, une ou plusieurs sociétés ?*, op. cit., n°231, p.151 «Les difficultés économiques doivent être appréciées au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise. Une entreprise prospère peut ainsi licencier en raison des difficultés du groupe ».

En effet, le plan de sauvegarde et le reclassement du salarié s'appliquent, non seulement dans le périmètre de la filiale ou de la société mère, mais encore au sein du groupe entier. De même, la cession totale ou partielle, la fusion, la scission ou la transformation de la société en général, régies par la loi, ne posent guère de difficultés.

Dès lors, doivent être étudiées la restructuration du groupe qui débouche sur un licenciement de salariés de la filiale (1^{er} section) et celle qui entraîne un changement grave dans la situation juridique de ceux-ci sans provoquer leur licenciement (2^e section).

Section I : La restructuration impliquant un licenciement économique de salariés

368. Le licenciement du salarié peut intervenir pour « motif personnel », inhérent à la personne du salarié, tel une inaptitude médicale, une incapacité professionnelle ou une faute. Ce genre de licenciement ne pose pas de difficultés dans le cadre du groupe de sociétés, car souvent décidé par la direction ou la gestion de la filiale, sans l'intervention de celle centrale du groupe. Pour cette raison, le salarié licencié ne pourrait en principe que poursuivre la société filiale et son directeur général ou son gérant qui n'a pas motivé sa décision par l'existence d'une cause réelle et sérieuse, et ce, à la différence du licenciement pour motif économique, dont l'initiatrice est souvent la société mère. La filiale ne joue en réalité qu'un rôle subsidiaire, consistant en la formulation et en l'exécution de la décision ; elle est quasiment dépourvue de tout pouvoir effectif d'opposition. C'est ainsi que le législateur français, comme européen, impose à la société mère des obligations antérieures et postérieures au licenciement. Le reclassement du salarié licencié doit être recherché non seulement au sein de la filiale employeur, mais encore dans la sphère de tout groupe.

Pour mettre en évidence ce sujet, il convient de l'aborder en deux points successifs : les motifs du licenciement du salarié, et les obligations antérieures et postérieures au licenciement incombant à la société filiale et sa mère.

Sous-section I : Les motifs du licenciement économique

369. L'article L. 1233-3 du Code du travail français prévoit que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ». La jurisprudence ajoute le cas du licenciement justifié par une

réorganisation décidée par l'employeur pour s'attaquer à la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient⁶⁵⁹. Si le licenciement répond à ces conditions, il ne saurait être jugé sans cause réelle et sérieuse, au motif que la filiale employeur y a été obligée pour assurer la pérennité de son entreprise. Le juge dispose en l'occurrence d'un pouvoir de contrôle à l'égard de l'existence d'une cause réelle et sérieuse⁶⁶⁰.

Il convient toutefois d'aborder chacun de ces motifs en démontrant *au fur et à mesure* le pouvoir de contrôle exercé par le juge du fond.

I- Les difficultés économiques

370. Il n'est pas rare que la filiale ou son groupe traverse de lourdes difficultés économiques nécessitant, pour les surmonter, la suppression d'un certain nombre d'emplois. En effet, la perte systématique d'actifs (issue d'une hausse brutale du prix des matières premières, d'une crise financière affectant le crédit bancaire ou d'une procédure collective ouverte à l'encontre de la filiale ou de certaines sociétés du groupe) ne peut parfois être traitée par une simple réduction ou augmentation du capital social, mais demande en plus la fermeture de certaines succursales, et, par conséquent, le congédiement d'un certain nombre de salariés liés à la filiale impécunieuse ou aux autres sociétés de son groupe⁶⁶¹.

371. Cependant, il faut distinguer en la matière les difficultés économiques des

659 Cass. soc. 8 déc. 2000, n°97-44.219 ; Cass. soc. 20 juin 2007, n°05-45.924 ; CA Dijon. soc., 13 janv. 2011, n° 09/00591, « Pour avoir une cause économique, le licenciement pour motif économique doit être consécutif soit à des difficultés économiques, soit à des mutations technologiques, soit à une réorganisation de l'entreprise, soit à une cessation d'activité » ; CA. Angers, ch. soc. 10/02402, 28 août 2012 : « L'article L. 1233-3 du code du travail indique que " constitue un licenciement pour motif économique, le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié, résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. Sont également reconnues comme pouvant fonder une telle mesure, la réorganisation décidée par l'employeur afin de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel cette dernière appartient, de même que la cessation d'activité de l'entreprise » ; voir encore Cass. soc. 09-71.281, 10-11.026, 29 févr. 2012 : « constitue un licenciement pour motif économique, le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ».

660 Voir A-L. Multon, *Transfert des personnels en cas de reprise en gestion directe d'un service public administratif*, juris-classeur, 9 oct. 2009 : « il est légitime de penser que ce licenciement n'intervient pas suite à l'imputation d'une faute commise par le salarié »

661 Cass. soc. 19 oct. 2010, n° 08-44.645 : « constitue un motif précis de licenciement l'énonciation des difficultés économiques de l'entreprise ayant conduit à sa cession, à la fermeture de son seul site et à la suppression de la totalité des postes de travail »

fluctuations du marché qui constituent des aléas inhérents à toute activité économique⁶⁶². Il ressort de l'orientation générale de la jurisprudence que les magistrats ne se contentent pas, pour que des « difficultés économiques » soient qualifiées, de la seule baisse du chiffre d'affaires ou des bénéfices⁶⁶³, ou du simple fait que la filiale ou le secteur d'activité du groupe est soumis à une concurrence internationale de plus en plus présente⁶⁶⁴, ou encore du coût élevé du travail d'un ou des salariés lorsque la situation financière de l'entreprise lui permet d'en assurer la charge⁶⁶⁵. Il a été jugé en ce sens que « ne repose pas sur un motif économique le licenciement justifié par la seule baisse d'activité et le résultat déficitaire de l'atelier où est affecté le salarié alors qu'aucune difficulté économique au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise n'a été relevée⁶⁶⁶ ». De même, selon un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, il ne suffit pas pour retenir les difficultés économiques que le premier juge constate la mise en redressement ou en liquidation judiciaire de la société employeur, si elle est postérieure au licenciement⁶⁶⁷. Le

⁶⁶² Voir M. Gaye, *L'influence du groupe de sociétés sur la relation individuelle de travail*, thèse de doctorat soutenue à l'université de Rennes, 2008, n°245, p.130 ; CA Paris, Pôle 06 ch. 07, n° 11/04124 - 13 sept. 2012 : « les difficultés économiques doivent être distinguées des fluctuations normales du marché » ; CA Colmar ch. soc. SECT. B, n° 11/04054, 11 sept. 2012 : « les difficultés économiques doivent être distinguées des fluctuations normales du marché et ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre, ni la baisse des bénéfices ne suffisent à établir la réalité des difficultés économiques » ; CA Reims, ch. soc, n° 11/01683, 14 mars 2012 : « les difficultés économiques doivent être distinguées des fluctuations normales du marché pouvant entraîner une baisse de chiffre d'affaires ; (...) la seule baisse du carnet de commandes ou du chiffre d'affaires sur une période non significative de quelques mois ne peut être considérée comme mettant en évidence des difficultés économiques qui doivent être à la fois suffisamment importantes et durables pour justifier la suppression de poste ou la modification du contrat de travail » ; CA Grenoble, ch. soc. n° 11/01636 - 01 mars 2012 : « il est de jurisprudence constante que les difficultés économiques qui doivent être distinguées des fluctuations du marché, doivent être réelles et suffisamment sérieuses à la date du licenciement » ; CA Basse-Terre, ch. soc. n° 10/01832 - 23 janv. 2012 : « les difficultés économiques doivent être distinguées des fluctuations normales de marché ; ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre, ni la baisse des bénéfices ne suffit à établir la réalité de difficultés économiques » ; CA Saint-Denis-de-la-Réunion, ch. soc. n° 11/01108 - 11 sept. 2012 : « les difficultés économiques doivent être distinguées des fluctuations normales du marché et que ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre ni la baisse des bénéfices ne suffit à établir la réalité de difficultés économiques et que son employeur n'a fait aucun effort en matière de reclassement et de formation ».

⁶⁶³ CA Angers, soc. 29 avr. 2009 N° 09/01162 « Il ressort des termes de la lettre de licenciement que les difficultés économiques retenues comme justifiant la suppression du poste de madame Sandra Andreau, consistent en l'absence de rentabilité du secteur nouvellement créé sans qu'il soit mentionné, ni justifié que cette suppression de poste est consécutive à la nécessaire adaptation de l'entreprise à la diminution des tâches résultant d'une très importante diminution d'activité et ne relevant pas d'une conjoncture passagère. Dans ces conditions, c'est à bon droit que le conseil de prud'hommes a jugé que le licenciement de madame Sandra Andreau ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse ».

⁶⁶⁴ CA Rennes, ch. des Prud'hommes 05, 18 janv. 2011, n° 09/06683.

⁶⁶⁵ Voir A. Coeuret, B. Gauriau et M. Mine, *Droit du travail*, 2é, 2009, n°516, p367.

⁶⁶⁶ Cass. Soc. 26 oct. 1999: Bull. civ. V. n°405; Dr. soc. 2000. 214, obs. Ch. Rade. Il a été jugé aussi que le coût élevé du travail d'un salarié ne constitue pas un motif économique de licenciement lorsque la situation financière de l'entreprise lui permet d'en assurer la charge (soc. 16 mars 1994 : Bull. civ. V, n°95).

⁶⁶⁷ CA Toulouse, ch 04 SECT. 01 ch. soc. 12 janv. 2011 N° 09/04281. Elle déclare dans ce sens qu' « Il ne peut être jugé, comme l'a fait le premier juge, qu'il suffisait de constater que la Société CPG Finance qui a licencié le 10 oct. 2006 M. Julien B. pour motifs économiques a été placée en redressement judiciaire le 24 septembre 2007 puis en liquidation judiciaire le 29 juillet 2008 pour décider que le licenciement économique

jugement devrait cependant être nuancé si le licenciement du salarié est intervenu à la suite d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, car en l'occurrence la procédure ne s'applique que dans le cas où la société traverse des difficultés économiques⁶⁶⁸. Comme l'a souligné à juste titre *D. Jacotot*⁶⁶⁹, il n'est pas utile de discuter « la réalité de difficultés économiques lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements, tout comme la cessation d'activité en cas de liquidation judiciaire sans poursuite d'activité ». Ce point de vue présente du surcroît « l'avantage d'empêcher toute divergence entre les juridictions commerciales et sociales ⁶⁷⁰ ».

372. Par ailleurs, au sein des groupes de sociétés, les difficultés économiques doivent s'apprécier au niveau global du groupe, dans la limite du secteur d'activité auquel appartient l'entreprise filiale⁶⁷¹, même si ce secteur s'étend à l'étranger⁶⁷². Les juges du fond doivent dès lors établir que le secteur d'activité de la filiale est identique à celui des autres sociétés membres du groupe et qu'il traverse au sein du groupe des difficultés économiques. Cependant si la filiale exerce une activité différente de celle afférente aux autres sociétés du groupe, les difficultés qu'elle traverse doivent être appréciées à son seul niveau⁶⁷³. Prenons à titre d'exemple un groupe composé d'une filiale de parfumerie et de

motivé par des difficultés économiques était fondé (...). La seule ouverture d'une procédure collective en septembre 2007 est inopérante à apporter la preuve de ce que l'entreprise connaissait des difficultés économiques 11 mois avant ».

668 CA Reims, soc. 19 nov. 2011, n°09/01094 : « La réalité des difficultés économiques n'est pas contestée, d'ailleurs la liquidation de la société a été prononcée ».

669 D. Jacotot, *Le licenciement des salariés d'une composante d'un groupe en liquidation judiciaire : entre droit du travail et droit civil !* Rev. proc. coll., n° 3, mai 2012, n°6.

670 D. Jacotot, *idem*.

671 CA Rennes, ch. des Prud'hommes 05, 18 janv. 2011, n° 09/06683 : « les difficultés économiques s'apprécient, à la date de la rupture des contrats de travail, au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée » ; Cass. soc. 19 mai 2010, n° 09-40.691 : « lorsque l'entreprise appartient à un groupe, il appartient au juge d'apprécier la réalité du motif économique au regard du seul secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise ».

672 Cass. soc. 19 oct. 2010, n° 08-45.254 : « les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux sociétés ou entreprises situées sur le territoire national » ; voir aussi CA Versailles, ch 06, 18 janv. 2011, n°09/04208 : « Lorsqu'une entreprise fait partie d'un groupe, les difficultés économiques de l'employeur doivent s'apprécier tant au sein de la société qu'au regard de la situation économique du groupe de sociétés exerçant dans le même secteur d'activité, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux sociétés ou entreprises situées sur le territoire national » ; cass. soc. 3 mars 2009, 07-42.850 « que lorsqu'une entreprise appartient à un groupe, les licenciements économiques ne peuvent être justifiés par une mesure de réorganisation qu'à la condition que celle-ci soit effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité dont relève l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ».

673 Cass. soc. 22 juin 2009, n° 07-45. Dans cet arrêt la Cour de cassation déclara que « la Cour d'appel a affirmé que le licenciement pour motif économique du salarié reposait sur une cause réelle et sérieuse, après avoir relevé que la société CALDIC SPECIALITES opérait sur le marché français, ce qui n'autorisait pas à estimer que son secteur d'activité était identique à celui des autres filiales installées dans huit autres pays européens, et que son secteur d'activité se distinguait des autres entités exerçant sur le territoire français, de telle sorte que les difficultés économiques devaient être appréciées au seul niveau de la société CALDIC

trois de cosmétologie, les difficultés économiques que ces dernières rencontrent ne peuvent justifier l'existence d'un motif économique de licenciement pour les salariés de la première filiale.

373. De même, il n'est pas exigé que la situation financière de la filiale ou du groupe soit catastrophique, mais les difficultés économiques prévisibles dont se prévalent ces derniers doivent être réelles et suffisamment sérieuses à la date du licenciement⁶⁷⁴. Dans un arrêt rendu le 21 mars 1996, la Cour administrative d'appel de Paris⁶⁷⁵ s'était contentée pour établir le motif économique du licenciement de relever que « de graves difficultés économiques ont conduit le groupe *Image* à une restructuration de ses actifs afin d'améliorer la rentabilité et la compétitivité du groupe dans le cadre d'une réorganisation liée à des difficultés économiques structurelles de la société *Disc'Az* ».

II- La réorganisation de l'entreprise filiale ou du groupe

374. Les compressions d'effectifs, consécutives à une réorganisation de l'entreprise filiale ou du groupe, représentent un motif économique du licenciement. La jurisprudence a affirmé qu'il y avait place pour ces compressions en l'absence de toute difficulté économique, si elles sont indispensables pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient⁶⁷⁶. Dans un arrêt rendu le 12 avril 2012, la Cour de cassation a déclaré en ce sens que « la réorganisation, si elle n'est pas justifiée par des difficultés économiques ou par des mutations technologiques, doit être indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient⁶⁷⁷ ».

Ainsi, ne répond pas à une réorganisation économique l'opération visant l'amélioration de marges déjà bénéficiaires, ou celle ayant pour but de délocaliser la production à

SPECIALITES, et non au niveau du groupe auquel elle appartenait ; qu'en statuant par ce motif erroné, bien qu'il lui appartenait de vérifier, lors même qu'elle constatait que la société CALDIC SPECIALITES appartenait au groupe CALDIC INTERNATIONAL BV, qui disposait de huit filiales en Europe, si les filiales européennes, qui avaient le même secteur d'activité que l'entreprise CALDIC SPECIALITES, connaissaient, ou non, des difficultés économiques, de nature à justifier le licenciement du salarié, la Cour d'appel a violé l'article L.321-1 du Code du travail ».

674 Cass. soc. 9-7-1997, n°95-43.722.

675 CAA Paris, 21 mars 1996, n° 95PA00669.

676 Cass. soc. 23 juin 2009, n°07-45-668.

677 Cass. soc. 11-10.471, 11-10.472, 11-10.474, 11-10.475, 12 avr. 2012 ; Voir aussi CA Paris Pôle 06 ch. 06 12 janv. 2011 N° 09/03625 : « si la réorganisation n'est pas justifiée par des difficultés économiques ou par des mutations technologiques, la réorganisation doit être indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ».

l'étranger pour des raisons financières ou fiscales⁶⁷⁸. En revanche, constitue une réorganisation d'entreprise, « celle mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir, liées à des évolutions technologiques et à leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement. La modification des contrats de travail résultant de cette réorganisation a, elle-même, une cause économique⁶⁷⁹ ». De même, peut constituer une restructuration de l'entreprise justifiant le licenciement économique, la mise en place d'un nouveau système informatique qui permet de diminuer notablement les tâches matérielles administratives et comptables⁶⁸⁰.

Toutefois, l'employeur, société filiale ou mère, doit rapporter la preuve de la réalité de la restructuration qu'il invoque, de même que de ses circonstances et de son contenu exact, et établir en outre que cette restructuration répondait à la nécessité de sauvegarder la compétitivité de son secteur d'activité et imposait la suppression du poste de salarié⁶⁸¹.

III- La modification du contrat de travail refusée par le salarié

375. Au vu de l'article L. 1233-3 du Code du travail, le licenciement peut intervenir après une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail. Selon ce texte, lorsque l'employeur (la filiale en l'occurrence) envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, il doit en aviser le salarié par une lettre recommandée avec accusé de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. À défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. Si cette proposition de modification est refusée par dix salariés ou plus, l'employeur est tenu de mettre en œuvre la procédure collective de licenciement économique.

Selon la Cour de cassation, lorsque le refus de la modification des conditions du travail fait l'objet d'un litige, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur est conforme à l'intérêt de l'entreprise. C'est, au contraire, au salarié de démontrer que cette décision a été prise en réalité pour des raisons étrangères à cet intérêt ou qu'elle a été mise

678 Cass. soc. 23 janv. 2007, n°05-43.100 « la Cour d'appel qui a relevé que la réorganisation avait été décidée à seule fin d'améliorer la rentabilité pour permettre le remplacement d'un seul pharmacien par les deux associés, a pu décider que le licenciement n'avait pas de cause économique ».

679 Cass. soc., 11 janv. 2006, pourvoi n°04-46.201, arrêt n°26, FS-P+B+R+I, Ains et a. c/ SA Les Pages Jaunes.

680 CA d'Aix-En Provence, 18ème ch. soc. 24 juin 1997, n°93/12476.

681 CA d'Aix-En Provence, 18ème ch. soc. 24 juin 1997, n°93/12476.

en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle⁶⁸². Mais, on pourrait en l'état se demander si la prise en compte de l'intérêt du groupe pour licencier un salarié d'une filiale constitue une raison étrangère à l'intérêt de celle-ci ou s'il est un motif économique valable. À notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question. On pourrait néanmoins estimer que si la modification proposée au salarié ne se fonde pas sur un motif économique appréciable au niveau du groupe, la filiale doit justifier sa décision de licenciement par l'existence d'un juste motif relatif à la personne du salarié ou à son intérêt social⁶⁸³.

IV- Mutation technologique

376. La suppression ou la transformation d'emplois résultant d'une mutation technologique peut constituer, à elle seule, une cause économique de licenciement⁶⁸⁴. L'article L. 1233-3 du Code du travail a inséré la notion de mutations technologiques parmi les causes justificatives du licenciement. Il s'ensuit que le motif économique peut exister sans que l'entreprise filiale ou du groupe soit victime de difficultés financières, ou fasse l'objet d'une réorganisation économique. Il suffit pour cela que la technologie à maintenir soit indispensable pour la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise filiale ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient cette dernière⁶⁸⁵. La jurisprudence ne se contente pas pour autant de la circonstance que la mutation technologique soit décidée pour l'amélioration des bénéfices de la filiale. Tant que la compétitivité de l'entreprise filiale ou celle du groupe n'est pas mise en jeu, le salarié ne peut être congédié pour le seul motif que la nouvelle technologie est de nature à améliorer la rentabilité de ces entreprises.

377. Par ailleurs, la notion de mutation technologique est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, qui tranchent en fonction des circonstances de chaque espèce. Il a été jugé qu'un changement de logiciel dans une entreprise déjà habituée à la technologie informatique ne constituait pas une cause de licenciement économique. La Cour de cassation a affirmé⁶⁸⁶ en ce sens que « l'introduction d'une nouvelle technologie

682 Cass. soc. 23 févr. 2005, n° 514 FSPBRI.

683 Voir CA Amiens, ch. soc. 05-B, n° 12/00509, 09 janv. 2013.

684 *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Social, op. cit.*, n°47250, p. 687 ; Cass. soc. 09 oct. 2004, n°00-44.69.

685 Cass. soc. 14 avr. 2010, n°08-45.247. Comparer : F. Duquesne, *Droit du travail, op. cit.*, n°436, p.364 qui considère les mutations comme un motif indépendant de tout lien avec la compétitivité de l'entreprise. Il a écrit dans ce sens que « dès lors qu'elles sont avérées, ces mutations sont de nature à justifier, à elles seules, la rupture lorsqu'elles entraînent des suppressions d'emploi, même si la compétitivité de l'entreprise n'est pas menacée ».

686 Cass. soc. 13-5-2003, n°00-46.766.

dans l'entreprise est de nature à justifier sa restructuration et à constituer une cause économique de suppression de certains emplois ; que, dès lors, en affirmant péremptoirement, sans s'en expliquant autrement, que le remplacement du logiciel utilisé jusqu'alors par le groupe *LEE COOPER LTD*, est devenu obsolète en raison des nombreuses déficiences qu'il présentait, par un progiciel beaucoup plus performant permettant d'avoir une vue d'ensemble de l'activité des filiales, ne constituait pas une innovation technologique de nature à justifier la restructuration décidée par le groupe et donc la suppression des postes occupés par *MM. X.* et *Y.*, la Cour d'appel a violé l'article L. 321-1 du Code du travail ».

V- La cessation d'activité de la filiale

378. Bien qu'elle ne soit pas prévue à l'article L. 1233-3 du Code du travail, la cessation d'activité d'une filiale a été récemment reconnue par la jurisprudence comme cause autonome de licenciement économique. La question de la légitimité de ce motif de licenciement visant la fermeture d'une filiale prospère pour sauvegarder la compétitivité du groupe s'était posée au préalable. Depuis 2001, la chambre sociale de la Cour de cassation⁶⁸⁷ estime que la cessation d'activité de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement dès lors qu'elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable⁶⁸⁸. Plus récemment⁶⁸⁹, la même chambre a déclaré, à propos d'une fermeture d'une filiale, décidée par sa mère holding, que « lorsque le salarié a pour co-employeur des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technique, ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent ». Dans ce même arrêt, la Cour constate que l'appréciation du motif économique de licenciement doit se justifier au niveau de secteur d'activité du groupe. Elle s'exprime en ces termes : « attendu que la Cour d'appel qui a constaté que la cessation d'activité de la société MIC ne résultait que de choix stratégiques décidés au niveau du groupe, sans que des difficultés économiques les justifient, au niveau du secteur d'activité du groupe, en a exactement déduit que les licenciements ne reposaient pas sur une raison économique ; que par ce motif de pur droit

687 *Cass. soc.* 99-43.380 - 27 nov. 2001 - *Bulletin* 2001 V N° 358 p. 286 ; *Cass. Soc.* 99-41.537 - 03 avr. 2001 ; *Cass. Soc.* 98-44.638 - 16 janv. 2001.

688 Voir encore : *CA Toulouse, ch. 04 SECT. 02 ch. soc.* 10/06380 - 04 mai 2012 : « la cessation d'activité qui n'était pas imputable à une faute de l'entreprise, constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement ».

689 *Cass. soc.* 09-70.662 - 18 janv. 2011.

substitué aux motifs critiqués, après avis donné aux parties, l'arrêt se trouve légalement justifié ».

Dans une autre affaire plus récente, la Cour de cassation⁶⁹⁰ s'est montrée clairement favorable à la reconnaissance de la cessation d'activité d'une filiale comme un juste et autonome motif de licenciement économique. Les faits concernent une société mère, dénommée Dunlop Goodyear, qui décida la fermeture de sa filiale à 100% dans le but d'améliorer sa compétitivité et de réaliser des économies d'échelle. Elle procéda ainsi au licenciement économique des salariés de cette filiale. Ceux-ci contestèrent leur licenciement, arguant que la fermeture de l'entreprise procédait d'une légèreté blâmable de l'employeur. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence devait les suivre dans leur raisonnement et considérer qu'il y avait bien légèreté blâmable à fermer la filiale alors qu'il n'y avait ni difficulté économique ni menace pesant sur la compétitivité de la filiale fermée ou celle du groupe. La chambre sociale de la Cour de cassation, reconnaissant la cessation de l'activité de la filiale comme un motif légitime et indépendant de tout autre cause de licenciement, énonça que « si, en cas de fermeture définitive et totale de l'entreprise, le juge ne peut, sans méconnaître l'autonomie de ce motif de licenciement, déduire la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur de la seule absence des difficultés économiques ou, à l'inverse, déduire l'absence de faute de l'existence de telles difficultés, il ne lui est pas interdit de prendre en compte la situation économique de l'entreprise pour apprécier le comportement de l'employeur⁶⁹¹ ».

379. On déduit de ces raisonnements que la rupture de contrats de travail ne peut être légitime qu'à condition de l'existence d'une raison économique autre que la fermeture de la filiale, apprécié le cas échéant au niveau du groupe. Comme l'a évoqué *F. Géa*, selon la logique de cet arrêt « la faute ou la légèreté blâmable ne saurait pas inférer du constat de l'existence ou de l'absence de difficultés économiques (...). Les juges du fond sont autorisés à caractériser, en la matière, le comportement de l'employeur au regard de la situation économique de l'entreprise⁶⁹² ». On pourrait d'ailleurs aller plus loin dans le commentaire de cet arrêt en avançant que la cessation d'activité de la filiale peut être

690 Cass. soc. 18 janv. 2011 et 1e févr. 2011, note A. Couret, *La cessation d'activité d'une filiale, le droit des sociétés à l'épreuve du droit social*, Rev. soc. 2011, p.154.

691 Selon la jurisprudence prépondérante, la cessation d'activité doit être totale et définitive. Voir à titre d'exemple, CA. Angers, ch. soc. 10/02402, 28 août 2012 : « Une simple cessation partielle ou un ralentissement d'activité de l'entreprise n'ont, de toute façon, jamais constitué, à eux seuls, le motif économique pouvant légitimer un licenciement de ce chef ».

692 *F. Géa*, *La cessation d'activité d'une filiale : quel contrôle de licenciement*, Rev. dr. trav. 2011, p.168.

appréciée comme juste motif de licenciement même lorsque la filiale est rentable et appartenant à un groupe prospère ayant décidé de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité au détriment de la stabilité de l'emploi dans la filiale concernée. La Cour de cassation semble avoir voulu se conformer au droit des sociétés en évitant toute influence sur la liberté de l'associé majoritaire de décider, à volonté, la dissolution de la société.

380. Cependant, elle est récemment revenue sur cette jurisprudence, accordant plus de protection au personnel de la filiale fermée. Dans son arrêt du 18 janvier 2011, elle a approuvé une Cour d'appel d'avoir constaté que les licenciements des salariés en cause ne reposaient pas sur une raison économique, car la cessation d'activité de la filiale ne résultait que de choix stratégiques décidés au niveau du groupe, sans que des difficultés économiques ne les justifient au niveau du secteur d'activité du groupe.

Sous-section II : Les obligations antérieures et postérieures du licenciement économique

381. Le régime du licenciement économique apparaît en droit français en 1945 pour la première fois dans l'ordonnance du 24 avril 1945, relative au contrôle de l'emploi. Cette ordonnance a exigé une autorisation administrative préalable pour tout licenciement décidé pour motif économique. Ensuite, la loi du 18 juin 1966 a réformé le comité d'entreprise en lui attribuant la compétence de donner son avis en cas de compression d'effectif. Enfin, le législateur français a adopté la loi du 3 février 1975 relative aux licenciements pour cause économique comme premier texte régissant l'ensemble des licenciements pour motif économique⁶⁹³. Cette loi organise la consultation des représentants du personnel sur les projets du licenciement et procure à l'autorité administrative un nouveau rôle.

Par le biais de ces législations, plusieurs obligations sont introduites en droit français, qui incombent à l'employeur personne physique ou morale. Au fil du temps, ces obligations sont devenues applicables à l'échelon du groupe auquel appartient l'employeur personne morale. Il s'agit de l'obligation de reclassement, de l'information-consultation des représentants du personnel et l'obligation de soumettre le licenciement au contrôle administratif et judiciaire.

⁶⁹³ Voir, *J. Pélissier et alter, Droit du travail, Dalloz, 24e éd. 2008, n°484, p.601 et s.*

I- L'obligation au reclassement

382. Le reclassement du salarié constitue une obligation vis-à-vis de l'employeur qui projette des licenciements pour motif économique. La jurisprudence française avait identifié le fondement de ce devoir à l'obligation de bonne foi – qui sous-tend la relation du travail et qu'exige l'article 1134 du Code civil pour toute obligation⁶⁹⁴ – et le principe de préservation de l'emploi⁶⁹⁵. Sur le fondement de cette obligation, la Cour de cassation affirme souvent qu'il incombe à l'employeur de reclasser le travailleur exposé au licenciement dans un emploi compatible avec ses capacités, au besoin, en assurant son adaptation⁶⁹⁶. Quant au droit du travail, c'est à partir du 3 janvier 1975 que la loi a imposé expressément à l'employeur, pour les licenciements massifs, de porter à la connaissance des représentants du personnel les mesures qu'il envisageait de prendre en vue d'éviter des ruptures et en limiter le nombre afin de faciliter le reclassement des salariés dont la perte d'emploi était inéluctable. En 1986 l'accord interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi⁶⁹⁷ a introduit la notion consacrée ensuite par la loi n° 89-549 du 2 août 1989 modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.

383. Aujourd'hui, l'obligation de reclassement est prévue à l'article L. 1233-4 du Code du travail (introduit par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002) qui dispose que « le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent. À défaut et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue dans un emploi d'une catégorie inférieure. Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises».

Il convient de ce fait d'aborder cette obligation en quatre points essentiels : l'étendue du droit au reclassement, la notion de groupe de sociétés en matière du reclassement, le

694 Voir *M. Mine et D. Marchand, Le droit du travail en pratique*, 22^e éd., 2010, p.235 : « Cette obligation est à l'origine jurisprudentielle »

695 *Lagarde, Mondialisation, restructurations et jurisprudence sociale : JCP G 2001, I, 371, n° 5.*

696 Voir à titre d'exemple, *Cass. soc.*, 25 févr. 1992, *Bull. civ. V*, n°122.

697 *Accord national et interprofessionnel du 20 octobre 1986 sur l'emploi, étendu par arrêté du 31 déc. 1986 [archive] et élargi par arrêté du 31 déc. 1986.*

débiteur de l'obligation du reclassement et la loi applicable au reclassement du salarié dans le cas de groupes multinationaux.

A- L'étendue du droit au reclassement

384. En principe, les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur de l'entreprise employeur. Lorsqu'il s'agit d'une entreprise filiale, le salarié n'a pas en principe vocation à revendiquer son reclassement dans une autre société que la sienne. L'appartenance au groupe ne suffit pas, à elle seule, à faire appliquer la procédure de reclassement à toutes les sociétés membres, car « l'obligation de reclassement n'a pour débiteur que la société employeur en sa double qualité de partie au contrat de travail et de titulaire du pouvoir de direction. Dans ces conditions, faute justement de présenter cette qualité, les autres sociétés du groupe auquel appartient la société procédant aux licenciements économiques échappent à ces obligations⁶⁹⁸ ». La Cour de cassation a affirmé cette règle générale dans un arrêt rendu en 2010⁶⁹⁹ selon lequel « une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier d'une obligation de reclassement, et qu'elle ne répond pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi ».

385. La procédure de reclassement a, cependant, connu en droit français une extension de son périmètre bien au-delà de l'entreprise employeur. L'effort peut devoir être déployé à un échelon supérieur, voire international pour rendre responsables d'autres entreprises faisant partie du même groupe que l'entreprise en cause. Selon la Cour de cassation⁷⁰⁰, « les responsabilités de reclassement des salariés doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ». La Cour de cassation fait en l'état référence au critère de permutation pour permettre au salarié d'être reclassé, non seulement dans la société filiale employeur, mais tout au sein du groupe. Comme le salarié pourrait être muté dans une autre filiale ou dans la société mère, il jouit, en cas de licenciement économique, de son droit de reclassement à l'intérieur de

698 F. Gea, *groupe de sociétés et responsabilité*, revue de droit du travail, 2010, p230.

699 Cass. soc. 08-15.776 - 13 janv. 2010 – Bull. 2010, V. n°5 ; voir aussi : CA Versailles. CH. 15 - 09/04466 - 31 août 2011 ; CA Versailles. CH. 15 - 10/00349 - 02 mars 2011 ; CA Versailles. ch. 15 - 09/04559 - 01 déc. 2010.

700 Cass. Soc., 5 avr. 1995, 2 arrêts, Thomson et Vidéocolor : Juris-Data n° 1995-000853 et n° 1995-000854 ; Bull. civ. 1995, V, n° 123.

ces dernières. Ainsi « la permutabilité devait rester le critère d'un reclassement dépassant le périmètre de l'entreprise, quand bien même certaines sociétés membres du groupe seraient situées à l'étranger, dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi des salariés étrangers⁷⁰¹ ». La jurisprudence a donné un périmètre d'application du droit au reclassement beaucoup plus large que la sphère étroite de l'entreprise filiale. Elle s'est inspirée en réalité des solutions relatives à l'unité économique et sociale du groupe.

386. De même, la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a confirmé cette jurisprudence en prévoyant que « le licenciement pour motif économique ne peut intervenir que lorsque (...) le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient ». Selon cette loi, l'obligation de reclassement doit être mise en œuvre le plus en amont possible de la décision de licencier afin de ménager au maximum les chances du salarié pour retrouver un nouvel emploi⁷⁰². Les possibilités de reclassement doivent dès lors être recherchées par la filiale employeur en priorité en son sein, peu importe qu'elle soit ou non divisée en établissements distincts. Lorsque cette filiale ne dispose pas d'un poste disponible ou compatible avec les capacités du salarié, le reclassement doit être exécuté au niveau du groupe. La filiale employeur doit, à l'appui de sa mère, rechercher les postes vacants dans l'ensemble des sociétés membres du groupe quand bien même certaines d'elles seraient implantées à l'étranger. Si le groupe est structuré en plusieurs niveaux, c'est-à-dire un groupe principal formé d'une société mère – tête du groupe – et des sociétés filiales directes, et d'un ou de plusieurs sous-groupes composé des sous-filiales, le reclassement doit être recherché au sein de l'ensemble des sociétés regroupées.

387. Dans un arrêt rendu le 8 novembre 2012, la Cour d'appel de Colmar⁷⁰³ a condamné une filiale employeur pour avoir limité le périmètre de reclassement d'une salariée parmi les sociétés du groupe à un seul établissement qui lui est affilié. En l'espèce, cette filiale dite *CQED* fait partie d'un groupe contrôlé par une holding dénommée *Sopaly*, laquelle est à son tour dominée par une société mère dite *Socaldi*, tête du groupe principal. La Cour a déclaré en ce sens qu'« Attendu en l'espèce qu'il est constant que la société CQFD a limité ses recherches de reclassement aux sociétés du groupe Sopaly mais ne les a pas étendues à celles faisant partie du groupe Socaldi alors qu'il ne pouvait être exclu que, compte tenu de ce que celui-ci contrôlait celui-là, le reclassement des salariés ait pu être

⁷⁰¹ Cass. soc. 7 oct. 1998, *TPS* 1998, comm. 385.

⁷⁰² F. Duquesne, *Droit du travail*, préc., n°452, p375.

⁷⁰³ CA Colmar, ch. soc SECT. A, 8 nov. 2012, n° 11/01859, *Dalloz jurisprudence*.

recherché dans au moins certaines des entreprises faisant partie de ce groupe même si elles ne fabriquaient pas des tréteaux et ce en raison de leurs activités, organisation ou lieu d'exploitation ».

388. Par ailleurs, les possibilités de reclassement ne doivent pas être recherchées uniquement parmi les postes identiques mais encore sur l'ensemble des emplois disponibles de même catégorie ou, à défaut de catégorie inférieure, mais dans ce cas précis, un accord exprès et écrit du salarié reclassé est exigé. C'est-à-dire que l'offre proposée doit être compatible avec la qualification du salarié, sinon celui-ci conserve le droit de refuser la proposition faite, et l'employeur pourra du coup procéder à son licenciement⁷⁰⁴.

389. En outre, d'origine jurisprudentielle, l'obligation de reclassement ne saurait être détachée de l'obligation d'adaptation et de formation consacrée parallèlement par le législateur, dans l'article L. 1233-4 du Code du travail selon lequel : « le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être dans l'entreprise ou les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent. À défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure. Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises⁷⁰⁵ ».

390. De surcroît, la recherche d'un reclassement des salariés licenciés peut se faire à l'extérieur de l'entreprise filiale ou de l'entreprise mère. Dans ce cas, un reclassement à l'étranger peut être envisagé. Il est intéressant de s'interroger ici sur le régime de ce reclassement à l'étranger, et notamment sur les contraintes qu'il implique tant pour les salariés que pour les employeurs. Cette situation est souvent constatée dans le cadre de groupes multinationaux où l'une des sociétés procède à la suppression d'un certain nombre d'emplois sous l'empire d'une procédure collective ou d'un redressement judiciaire ou dans le cadre d'un plan de cession ou d'une liquidation judiciaire. La dimension internationale de ce type de groupes offre ainsi l'occasion au juge d'étendre le cadre de la recherche des possibilités de reclassement du salarié dont l'emploi est menacé. Le débiteur, l'administrateur ou le liquidateur doit satisfaire à cette obligation, non uniquement dans les

⁷⁰⁴ L. Fin-Langer, *L'obligation de reclassement à l'étranger, revue des procédures collectives*, 1er janvier 2007, étude 3, n°16.

⁷⁰⁵ Voir en application de cet article : CA Versailles ch. 19, 18 juill. 2012, N° 11/00419.

sociétés situées en France mais également dans celles se trouvant à l'étranger. La Cour de cassation a reproché à l'employeur d'avoir limité le reclassement du salarié à deux entreprises du groupe situées en France, alors qu'il aurait dû les étendre aux entreprises du groupe implantées à l'étranger, en particulier en Europe, où le groupe a développé ses activités⁷⁰⁶. Selon la Cour de cassation, le lieu d'exploitation, situé hors du territoire français n'est pas de nature à libérer l'employeur de son obligation d'y rechercher des possibilités de reclassement⁷⁰⁷.

Toutefois, le problème pratique qui ne manque pas de se poser dans ce cadre relève de la notion juridique de concept « groupe de sociétés ».

B- La notion de groupe de sociétés en matière du reclassement

391. Les textes ne donnant pas de définition précise pour ce terme juridique, la doctrine et la jurisprudence s'accordent sur le fait que cette définition doit être largement conçue. C'est-à-dire qu'elle ne doit pas se limiter aux rapports capitalistiques entre la société mère et sa filiale tels que prévus à l'article L. 233-1 du Code de commerce⁷⁰⁸, mais il faut qu'elle recouvre encore les liens contractuels induisant des subordinations entre les sociétés contractantes⁷⁰⁹. Or, cette notion est différente de celle inscrite dans l'article L. 2331-1 du Code du travail relatif au comité de groupe, car il n'est pas nécessaire d'avoir des participations dans le capital, ni une dépendance économique⁷¹⁰. F. Duquesne⁷¹¹ a ainsi écrit que le groupe de sociétés s'entend comme « l'ensemble des entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation

706 Cass. soc., 5 avr. 1995 (2 arrêts), *Semaine soc. Lamy*, n° 740, rapp. B. Boubli ; D. 1995, RJ. com. p. 503, note M. Keller

707 J. Kibalo Adom, *L'obligation de reclassement et les groupes de dimension internationale*, recueil Dalloz 1999 p. 310.

708 Cass. soc. 31 janv. 2001: *Juris-Data* n° 2001-008109; *Dr. soc.* 2001, p. 565, obs. G. Couturier : « le groupe au sein duquel les possibilités de reclassement doivent être recherchées, en cas de licenciement pour motif économique, ne se confond pas avec le groupe juridiquement défini par l'article L. 439-1 du Code du travail relatif à la constitution du comité de groupe »

709 F. Duquesne, *Droit du travail*, op. cit., n°454, p.377 « Le groupe de reclassement n'a pas pour fondement les liens financiers tissés entre les différentes entreprises qui le composent. Il n'existe pas de rapports de domination capitaliste entre les entreprises constituant le groupe au sens du reclassement ».

710 L. Fin-Langer. *L'obligation de reclassement à l'étranger*, revue des procédures collectives, 1^{er} janv. 2009, n° 9 ; M. Gaye, thèse précitée, n°312, p.164 ; voir aussi Cour d'appel de Metz, n°09-04189, 27 févr. 2012 : « force est de rappeler que la notion de groupe au sens de l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur est indépendante de celle retenue pour la constitution d'un comité d'entreprise européen de sorte qu'il est indifférent en l'espèce que la SNC Lidl ne soit pas dotée d'un tel comité ».

711 F. Duquesne, *Droit du travail*, op. cit., n°454, p.377. Voir en même sens CA Aix-en-Provence CH. 18, 22 juin 2010, n° 09/09803 : « La notion de groupe doit notamment s'entendre de l'ensemble formé par les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent la permutation de tout ou partie du personnel ».

de tout ou partie du personnel ⁷¹²». Selon L. Fin-Langer, il peut s'agir pour cette notion, «de sociétés qui détiennent une partie du capital d'autres sociétés. Dans ce cas, l'obligation de reclassement ne sera mise en œuvre qu'auprès des entreprises dans lesquelles la permutation de personnel est possible. Mais ce périmètre est également étendu à des entreprises qui n'ont que des relations de partenaires⁷¹³ ». Dans une affaire, la Cour d'appel d'Amiens⁷¹⁴ a affirmé que « la notion de groupe recouvrant non seulement les sociétés ayant entre elles des liens financiers et capitalistiques mais également celles travaillant en synergie dans un domaine d'activité proche, dont la localisation et l'organisation permettent la permutation de tout ou partie du personnel ⁷¹⁵». De même, la Cour d'appel de Nîmes a récemment⁷¹⁶ déclaré qu'« en matière d'appréciation des difficultés économiques, le groupe doit être envisagé comme un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes qui forme une même unité économique en raison des liens financiers étroits entre ces sociétés. En l'espèce, il s'agit de concessions automobiles parfaitement indépendantes les unes des autres et liées uniquement par la politique marketing et publicitaire des constructeurs automobiles et il ne peut donc être soutenu que ces sociétés forment un groupe au sens défini par la Cour de cassation ».

392. On comprend dès lors que la prise en compte de la notion de groupe de sociétés se justifie en périmètre de reclassement par la permutabilité du personnel. Comme un auteur l'a souligné « c'est à l'interchangeabilité des salariés des entreprises qu'il est fait allusion. Le préfix « per- », ajouté pour éviter toute confusion avec la notion classique de « mutation », indique que le déplacement de salariés pourrait intervenir entre entreprises par un système souple d'équivalence des postes »⁷¹⁷. Au contraire, si les activités exercées par les différentes sociétés incluses dans le groupe la permutation du salarié, il n'aura pas lieu d'évoquer une obligation de reclassement même si les liens capitalistiques entre ces sociétés sont suffisamment solides.

Mais, en tout état de cause, les liens capitalistiques ou contractuels entre les sociétés membres du groupe doivent être véritables et solides au point qu'ils réunissent celles-ci

712 Voir encore, P. Morvan, *Périmètre de l'obligation de réintégration après l'annulation d'un licenciement pour absence ou insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi*, *La semaine juridique entreprise et affaire*, n°18, 4 mai 2006, p.1735. Cet auteur indique que « De façon remarquable, la notion de groupe de reclassement n'obéit pas à une définition purement financière ou capitalistique ».

713 L. Fin-Langer, *L'obligation de reclassement à l'étranger*, op. cit., n°9.

714 CA d'Amiens, ch. soc. 5 cabinets A 13 nov. 2007. n°07/00026.

715 Voir encore CA Toulouse. Ch4., 21 sept. 2006, n°05/06717.

716 CA Nîmes, Ch. soc. 25 janv. 2011, n°09/03653.

⁷¹⁷ M. Gaye, thèse précitée, n°344, p. 179.

dans une unité économique et sociale. Il n'est pas suffisant que ces sociétés aient les mêmes dirigeants ou exercent des activités semblables si les conditions de cet exercice ne sont pas identiques. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁷¹⁸ s'est déclarée hostile à l'existence du groupe pour des filiales automobiles subordonnées à une même société mère, en raison de la différence entre leurs activités. Elle énonce dans ce cadre que « chacune est nécessairement conduite à adopter une politique commerciale qui lui est propre, et qui lui est en partie dictée par les impératifs fixés par chaque constructeur, sous la dépendance économique duquel elle se trouve placée. D'autre part, les différentes sociétés membres du groupe exercent leurs activités respectives dans des établissements distincts dotés chacun d'une structure totalement autonome, en particulier au niveau des conditions de travail et de la gestion du personnel ».

393. De son côté, la Cour de cassation⁷¹⁹ a énoncé que « la seule détention d'une partie du capital de la société employeur par d'autres sociétés n'implique pas en soi la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de tout ou partie de leur personnel et ne caractérise pas l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement devait s'effectuer ». Selon elle, la permutation doit être rendue possible par « les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation » des entreprises composant le groupe. Les activités exercées par les sociétés membres doivent être identiques, similaires, sinon complémentaires, si bien que la politique économique et industrielle du groupe fait ressortir une proximité sur le plan du personnel dont les salariés sont susceptibles de passer d'une filiale à une autre sans qu'il soit nécessaire de leur assurer une formation trop longue ou initiale. S'agissant de l'organisation sociétaire du groupe, elle doit donner lieu à l'existence d'une direction unique, au-delà de la diversité de leur personnalité morale : c'est-à-dire une politique de gestion du personnel, commune à plusieurs filiales qui débouche sur une permutation constante des salariés au niveau du groupe. Cette politique facilite en effet la résolution des difficultés économiques qu'une filiale peut rencontrer, par le passage de ses salariés à d'autres sociétés in bonis.

394. Le dernier critère de la détermination du groupe de reclassement repose cependant en lieu sur d'exploitation. On peut se demander si le lieu d'exploitation se limite au territoire français ou s'il s'étend aux filiales implantées à l'étranger. Selon la Cour de

⁷¹⁸ CA d'Aix-En Provence, 18^{ème} ch. soc. 24 juin 1997, n°93/12476.

⁷¹⁹ Cass. soc. n° 11-14.271 - 13 juin 2012 : « que les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer une permutation du personnel ».

cassation « les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers⁷²⁰ ». Les hauts magistrats semblent dans cet arrêt vouloir lutter contre les délocalisations des entreprises françaises hors du territoire français, qui sont de nature à laisser de côté beaucoup de salariés français⁷²¹. Selon eux, l'examen des possibilités de reclassement ne doit pas se limiter au seul cadre national.

395. En conclusion, à défaut de ces trois critères, il ne suffit pour déterminer le périmètre de reclassement parmi les sociétés du groupe ni de l'existence de relations financières ou contractuelles entre ces dernières, ni (la Cour de cassation l'a récemment affirmé⁷²²) qu'un certain nombre de salariés aient successivement travaillé « à un moment distinct de leur carrière pour le compte de deux entités ». Ce groupe doit cependant s'entendre de l'ensemble des sociétés, réunies par des liens capitalistiques ou contractuels, dont les activités l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel⁷²³. Une fois ces conditions réunies, le ou les salariés licenciés pour motif économique disposent de leur droit au reclassement au sein de la filiale employeur ou d'une autre société membre de son groupe. Des obligations pèsent sur la direction de chacune de ces sociétés.

C- Le débiteur de l'obligation de reclassement

396. Comme l'obligation de reclassement incombe à l'employeur, la question ne soulève pas de difficultés lorsqu'il s'agit d'un employeur société isolée, où il appartient à lui seul de proposer un reclassement à chaque salarié exposé au licenciement. Les choses

⁷²⁰ Cass. soc. 30 mars 1999, *Aimetti c/ Sté Aon France* ; Cass. soc. 05-46.073, 4 déc. 2007 : « les possibilités de reclassement doivent s'apprécier à la date où les licenciements sont envisagés et être recherchées à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer une permutation du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, sauf à l'employeur à démontrer que la législation applicable localement aux salariés étrangers ne permet pas le reclassement ».

⁷²¹ Voir M. Gaye, *op.cit.*, n°349, p.182.

⁷²² Cass. soc. 11-14.271, 13 juin 2012.

⁷²³ Voir en ce sens : Cass. soc. 10-21.792, 03 nov. 2011 : « l'appartenance d'une société à un groupe au sein duquel le reclassement de ses salariés doit être recherché requiert, outre d'éventuels liens capitalistiques liant les sociétés entre elles, une organisation et une gestion communes » ; CA Bordeaux, ch. soc. 11/01892 - 21 févr. 2012 : « la notion de groupe étant une notion purement économique caractérisée par les liens existant entre des sociétés filiales et une société mère ».

deviennent cependant complexes lorsqu'il s'agit d'un groupe de sociétés, où l'obligation peut intéresser d'autres sociétés que celle titulaire du contrat de travail. Comme nous l'avons indiqué plus haut, le reclassement du salarié doit être recherché, non seulement dans l'entreprise employeur, mais encore au sein du groupe dont celle-ci fait partie. Cela amène en réalité à ce que l'obligation du reclassement s'impose aux sociétés non contrôlées par la société employeur (sociétés sœurs), lesquelles se trouvent soumises « au bon vouloir » des autres dirigeants du groupe. Dans une affaire, le Tribunal de grande instance de Péronne, puis la Cour d'appel d'Amiens (le 27 septembre 2005), prennent le parti d'étendre l'obligation légale de reclassement aux sociétés dominantes (holdings) et sœurs du groupe, en réputant celles-ci codébitrices conjointes avec l'employeur français de l'obligation de reclassement découlant du droit français. Ces juridictions ont, en conséquence, annulé le plan de sauvegarde de l'emploi, élaboré par le liquidateur, en raison de l'insuffisance de mesures de reclassement prévues au regard notamment des postes disponibles dans les filiales du groupe à l'étranger.

De même, la Cour de cassation énonça dans un arrêt rendu le 4 mars 2009⁷²⁴ que « l'employeur est tenu avant tout licenciement économique, d'une part, de rechercher toutes les possibilités de reclassement existant dans le groupe dont il relève, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, d'autre part, de proposer ensuite aux salariés dont le licenciement est envisagé tous les emplois disponibles dans la même catégorie ou à défaut, dans une catégorie inférieure ». Selon la logique de cet arrêt, toutes les possibilités de reclassement et tous les emplois disponibles au sein du groupe doivent être proposés au salarié exposé au licenciement, faute de quoi, le plan de sauvegarde de l'emploi institué par la filiale employeur doit être réputé nul. L'exigence atteint un degré extrême équipollent à une obligation de résultat⁷²⁵.

397. D'après cette jurisprudence, on constate qu'il existe dans le groupe une cotitularité de l'obligation de reclassement, issue de l'article L. 1235-10, alinéa 2 du Code du travail⁷²⁶,

724 Cass. soc., 4 mars 2009: JCP S 2009, 1190, note P.-Y. Verkindt.

725 P. Morvan, *L'étrange action en justice Flodor. - Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? La semaine juridique sociale*, n°44, 27 octobre 2009, 1489.

726 Aux termes de cet article « Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, lorsque le projet de licenciement concerne dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, la procédure de licenciement est nulle tant que le plan de reclassement des salariés prévu à l'article L. 1233-61 et s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés. La validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au

à savoir : une débitrice, la société mère ou filiale employeur et une codébitrice, toute société affiliée du groupe de cette dernière. Cependant, la question porte sur le débiteur de la proposition des postes disponibles au salarié exposé au licenciement. Ce débiteur est-il seulement la société mère ou filiale employeur ou comprend-il encore toute autre société partie du groupe ? La Cour de cassation se contente d'énoncer que le plan de sauvegarde d'emploi est nul s'il s'avère que des postes de reclassement non proposés aux salariés étaient disponibles dans d'autres sociétés membres du groupe, fussent-elles étrangères. Mais elle n'oblige pas cependant ces dernières à suggérer ces postes aux salariés licenciés par la filiale en difficulté, ce dont il résulte que l'obligation de reclassement incombe à la société mère ou filiale employeur principal, qui doit rechercher les postes libres au sein de toutes les sociétés de leur groupe. Les dispositions de cette affaire ne soulèvent pas de difficulté lorsqu'il s'agit d'un employeur société mère, en mesure d'examiner les possibilités de reclassement dans ses filiales et d'imposer sa volonté à ce propos. Le problème réside en fait dans les licenciements décidés par une filiale dépourvue de postes disponibles. Selon la logique de cet arrêt, celle-ci est tenue de rechercher « toutes les possibilités de reclassement » et « tous les emplois disponibles » au sein du groupe, alors qu'elle n'a pas, d'après le droit ou le fait, d'autorité vis-à-vis des autres sociétés.

Il semble dès lors utile d'établir l'obligation de proposer le reclassement à l'égard de toutes les sociétés incluses dans le groupe, ayant des postes vacants. La société employeur devrait à ce titre faire état du licenciement aux autres sociétés de son groupe en leur demandant de faire connaître leurs possibilités. Par conséquent, ces dernières seraient tenues de lui donner une suite favorable dès que possible.

II- La procédure de licenciement pour motif économique

398. La procédure est composée d'un certain nombre de règles de base sur lesquelles viennent se greffer des dispositions propres aux différentes catégories de licenciement. Il s'agit de règles relatives à l'information-consultation, d'autres afférentes au contrôle administratif et judiciaire du licenciement.

A- L'information-consultation des représentants du personnel

399. Comme c'est le cas pour tout chef d'entreprise, le mandataire de la filiale est tenu de convoquer les représentants du personnel aux réunions et de leur adresser tout

regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe. Le premier alinéa n'est pas applicable aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaires».

renseignement sur le projet de licenciement économique. Il doit indiquer les raisons financières, économiques ou technologiques de ce projet, le nombre d'employés à licencier, les catégories professionnelles concernées et le calendrier prévisionnel des licenciements. Lorsque la compression des effectifs inclut dix salariés sur une période de trente jours, il doit adresser les mesures ou le plan de sauvegarde de l'emploi qu'il envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne peut être évité. Faute de respecter ces obligations, la décision adoptée peut être annulée. Un arrêt de cassation relativement ancien⁷²⁷ affirma en ce sens qu'une délibération prise hors de la présence des représentants du personnel après que la séance eut été déclarée levée est entachée d'irrégularité et doit être déclarée nulle.

400. En outre, lorsque l'entreprise filiale comprend au moins deux établissements de cinquante salariés ou plus, un comité d'établissement est mis en place dans chacun de ces établissements ayant un caractère distinct. Le mandataire de la filiale doit à cet égard convoquer ce comité dès lors que les mesures envisagées les intéressent⁷²⁸. La loi n'a pas défini précisément la notion d'établissement distinct. Pour la doctrine et la jurisprudence cette entité n'est pas en lien avec la personnalité morale indépendante. Les domaines essentiels de la recherche de son autonomie sont la gestion du personnel et l'exécution du service, nonobstant la centralisation de l'organisation du travail au sein de l'entreprise filiale⁷²⁹. Peut ainsi constituer un établissement distinct : la succursale, l'agence, la branche d'activité ou le fonds commercial.

Lorsqu'il s'agit cependant d'un établissement jouissant de la personnalité morale indépendante, c'est-à-dire d'une sous-filiale, lesdites dispositions ne sont plus applicables, car celle-ci sera, elle-seule, intéressée par l'obligation d'information lors d'un licenciement économique de ses salariés. Son autonomie juridique empêche la filiale initiale de prendre des mesures ou de prescrire des instructions à l'égard de ses salariés. Pour autant, même lorsqu'il existe un comité du groupe⁷³⁰, le Code du travail n'impose aucune procédure d'informations, au profit de ce comité, aux représentants du personnel des sociétés filiales

727 Cass. soc. 17 févr. 1975.

728 L'article L.435-1 du Code du travail dispose que « Dans les entreprises comportant des établissements distincts, il est créé des comités d'établissement et un comité central d'entreprise »

729 Cons. État 29 juin 1998, Cfdt Lyonnaise de banque, n°179744. Voir aussi, M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités des groupes*, op. cit., p.144.

730 Selon l'article L. 439-5 du Code du travail « Le comité du groupe doit être constitué et réuni pour la première fois, à l'initiative de la société dominante, dès lors que la configuration du groupe a été définie en application des dispositions de l'article L;439-1, soit à la suite d'un accord des parties intéressées, soit, à défaut, par une décision de justice et au plus tard dans les six mois suivant la conclusion de cet accord ou l'intervention de la décision de justice ».

et sous-filiales (délégués du personnel ou comité d'entreprise) lors d'un licenciement de leurs salariés. « La seule particularité suscitée par l'appartenance de l'entreprise à un groupe concerne le droit d'accès de l'expert-comptable du comité d'entreprise (lors d'un licenciement d'au moins dix salariés sur trente jours) qui s'étend dans certaines conditions aux autres entreprises composant ce groupe⁷³¹ ».

401. Par ailleurs, en ce qui concerne l'obligation de consultation, le projet de licenciement collectif doit être soumis au comité d'entreprise des filiales occupant au moins cinquante salariés, si l'institution a été mise en place ; sinon les délégués du personnel rempliront sa mission. Tout licenciement économique intervenu au sein d'une filiale sans respecter cette procédure sera jugé irrégulier. La filiale employeur a l'obligation d'adresser à ces délégués ou aux membres de ce comité toutes les informations utiles, (en particulier : les raisons et le nombre des licenciements, les catégories concernées, les critères de choix des salariés licenciés, le calendrier prévisionnel, le nombre des travailleurs employés).

De même, dans la mesure où le droit impose la constitution d'un comité de groupe, les représentants du personnel dans les filiales doivent s'assurer des informations d'un niveau supérieur à celui de la société dans laquelle ils exercent leurs fonctions. C'est, en effet, à ce comité qu'il incombe de fournir ces informations, déjà obtenues par la direction centrale de la société mère. Comme un auteur le remarque, « le chef de l'entreprise dominante n'aura pas satisfait à ses obligations légales s'il n'informe pas le comité de groupe sur les licenciements collectifs déjà intervenus ou projetés au sein du groupe⁷³² ». La violation des règles relatives à l'information du comité de groupe constitue le délit d'entrave (C. trav. art. L.2335-1).

B- Le contrôle du licenciement

402. Le licenciement économique du salarié ne s'opère pas librement par l'employeur, mais est soumis à deux sortes de contrôle : administratif et judiciaire.

1- Le contrôle administratif

Bien que l'autorité administrative n'ait plus le pouvoir d'autoriser ou de refuser un licenciement pour motif économique, l'employeur qui entend procéder à un tel licenciement doit tenir informer par écrit le Directeur Départemental du Travail et de

⁷³¹ *Mémento, Groupes de sociétés, op. cit., n°19003, p.1184.*

⁷³² *Idem, n°19004, p.1184.*

l'Emploi⁷³³. S'il s'agit d'un licenciement individuel ou d'un licenciement collectif de moins de dix salariés, l'information se fait *a postériori*⁷³⁴. Elle doit être adressée au Directeur Départemental du Travail et de l'Emploi dans les huit jours suivant l'envoi des lettres de licenciement aux salariés concernés (C. trav. art. D. 1233-3). Lorsque le projet concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, la filiale employeur a l'obligation d'adresser audit directeur l'ensemble des informations qu'il transmet aux représentants du personnel au moment-même où il les expédie à ceux-ci (C. trav. art. L.1233-48). Il doit ensuite lui faire parvenir les procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, de même qu'il doit lui notifier le projet de licenciement. Lorsque ce projet concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, élaboré dans une entreprise filiale employant au moins cinquante salariés, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, dont le projet est à communiquer à l'autorité administrative.

403. L'autorité administrative exerce son regard sur les procédures suivies et les mesures sociales prévues par la filiale employeur. Lorsqu'elle relève une irrégularité au cours de ses vérifications, elle adresse à celui-ci un avis écrit, et envoie simultanément une copie de ses observations au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel. La filiale employeur est dès lors tenu d'apporter une réponse à ces remarques et de la diffuser auprès des élus du personnel. Tant que la réponse n'a pas été communiquée à l'administration du travail, il ne lui est pas possible de procéder à la notification des licenciements. L'autorité administrative adresse à la filiale employeur et aux élus du personnel toute proposition pour compléter ou modifier le plan de sauvegarde de l'emploi en tenant compte de la situation économique de celle-ci. Cette dernière est tenue d'apporter une réponse motivée à ces observations, qui doit parvenir à l'autorité administrative avant la fin des délais prévus pour l'envoi des lettres de licenciement.

733 De 1975 à 1986, l'autorisation administrative de licenciement a été une des pièces maîtresses du régime juridique des licenciements pour motif économique. Aucun licenciement en dehors des cas de règlement ou de liquidation judiciaire, ne pouvait être régulièrement prononcé sans autorisation préalable du directeur départemental du travail. La loi du 3 juillet 1986 et du 30 décembre 1986 ont supprimé le régime de l'autorisation administrative pour tous les licenciements. Voir : J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 25^{ème} éd 2010, n°518, p.577.

734 Il est à noter que ces détails n'existent pas en droit du travail libyen. L'essentiel y est ainsi que l'employeur procède à l'information du Bureau de l'Emploi dans un délai de deux mois précédant le licenciement économique du salarié. Ce bureau doit s'assurer que la résiliation du contrat se fonde réellement sur des motifs économiques sérieux. Le Code du travail ne prévoit cependant aucun texte autorisant à ce bureau d'interdire à l'employeur le licenciement du salarié. Le contrôle de celui-ci s'arrête en effet à l'examen de l'existence du motif économique sérieux. Voir en ce sens : A. Arwaiméd, *Le droit social, première partie, les rapports du travail individuels, "selon le droit du travail n°12-2010"*, 7^{éd.} Dare alkitabé Bengazi, 2011, p.311 et s.

2- Le contrôle judiciaire

404. En cas de licenciement pour motif économique, l'intervention judiciaire peut être sollicitée par le salarié victime de la perte de son emploi, par un syndicat dans l'intérêt collectif de la profession ou par le comité d'entreprise dont les prérogatives ont été méconnues⁷³⁵. C'est au conseil de prud'hommes qu'il appartient d'apprécier l'existence et le caractère réel et sérieux du motif économique, selon l'identité de l'auteur de la demande⁷³⁶. La compétence du juge porte essentiellement sur le contrôle du motif économique, le contrôle du reclassement et le contrôle des procédures. Ainsi, d'une part, le dirigeant ou le gérant de la filiale employeur doit préciser dans la lettre de notification du licenciement la ou les raisons économiques justifiant la suppression de l'emploi ; à défaut le licenciement sera injustifié. Comme il a été expliqué, au visa de l'article L. 1233-3 du Code du travail, le licenciement peut trouver son origine dans différentes raisons : des difficultés économiques, des mutations technologiques, une restructuration de l'entreprise ou du groupe, ou une modification du contrat de travail refusée par le salarié. La filiale employeur doit communiquer au juge prud'homal, dans un délai de huit jours, tous les éléments qu'il transmet aux représentants du personnel avant de prendre sa décision (C. trav. art. R. 516-45). Le contrôle du juge doit porter sur chacun de ces éléments, de même que sur le lien de causalité censé exister entre eux. Selon la Cour de cassation⁷³⁷, le juge du fond ne se contente pas de vérifier la réalité de ces éléments, mais il doit encore établir le caractère sérieux du motif économique : la proportionnalité de la mesure de l'employeur à la situation de l'entreprise. Elle déclare que « Les difficultés économiques invoquées par l'employeur ne justifiaient pas la suppression d'emploi du salarié au motif qu'il leur appartient d'apprécier le caractère sérieux du motif économique du licenciement ».

405. D'autre part, le dirigeant ou le gérant de la filiale employeur doit justifier devant le juge prud'homal des efforts de reclassement et d'adaptation qu'il a accompli en faveur du salarié. Ces efforts ne devraient pas se porter uniquement sur les postes disponibles dans la filiale, mais encore sur ceux vacants dans le groupe en entier. De plus, le contrôle du juge prud'homal porte sur la réalité des mesures prises par la filiale employeur et l'opportunité de ces mesures dans l'intérêt de cette entreprise. La jurisprudence estime qu'il doit être tenu compte de la situation de l'entreprise afin d'évaluer les efforts de reclassement faits par

735 F. Duquesne, *Droit du travail*, op. cit., n492, p.398.

736 A. Fabre, *Retour sur le contrôle du motif économique de licenciement*, Soc. 20 juin 2007, pourvois n° 06-41.437, 06-41.438 et 05-45.924, inédits, *revue de droit du travail*, 2007, p.585.

737 Cass. soc. 12 mai 1995, *Bull. civ. V*, n° 245.

l'employeur. La violation de cette double obligation d'adaptation et de reclassement est de nature à qualifier le licenciement du salarié comme « dépourvu de cause réelle et sérieuse », ce qui donne à celui-ci le droit à la réparation de son préjudice.

406. En outre, le contrôle du conseil des prud'hommes inclut également celui du plan de sauvegarde de l'emploi que la filiale employeur doit établir avant de procéder au licenciement. Le juge est donc invité à examiner le caractère suffisant des propositions de l'employeur à l'intérieur d'un périmètre qui rappelle le cadre général de la cause justificative du motif de licenciement. Il tient compte de l'ensemble des moyens dont dispose l'entreprise filiale ou du groupe. En effet, et comme nous l'avons indiqué précédemment, le reclassement organisé par le plan de sauvegarde de l'emploi doit prendre effet au sein de l'ensemble des entreprises du groupe dont les liens favorisent l'interchangeabilité des salariés. Ainsi, lorsque le juge constate une carence dans les efforts de reclassement effectués, l'employeur est astreint, à peine de nullité de la procédure, à refaire le plan. Cela implique en effet de recommencer l'ensemble de la procédure de licenciement collectif en vue d'établir un plan entièrement nouveau. Du reste, selon la loi de modernisation sociale, lorsque le licenciement intervient suivant une procédure nulle, le juge doit prononcer la nullité du licenciement et ordonner en même temps la continuité du contrat de travail (C. trav. art. L. 122-14-4 al. 1e).

407. Par ailleurs, le contrôle judiciaire intéresse également les procédures de licenciement, dont la violation entraîne l'endettement de la filiale employeur des indemnités calculées par le juge prud'homal. Celle-ci est tenue de communiquer au juge prud'homal les éléments objectifs sur lesquels elle s'est appuyée afin de justifier son choix. Au vu de ces éléments, le juge vérifie la régularité des conditions de licenciement, et s'il constate un défaut, il doit mettre en cause l'ordre de licenciement et prescrire à la filiale employeur la sanction pénale prévue à l'article L. 1238-1 du Code du travail, ainsi que la condamnation civile à accorder réparation au salarié victime.

On se demande le cas échéant si le juge peut étendre la responsabilité de la filiale à la société mère ou à d'autres sociétés de son groupe.

III- La possibilité aux salariés licenciés d'assigner la société mère

408. La question posée ne relève pas de l'obligation du reclassement du salarié qui incombe – comme nous l'avons constaté – à l'ensemble des sociétés membres du groupe, mais des effets résultant de la violation de cette obligation par la filiale. Il arrive en effet

que la filiale employeur faillisse à son obligation de reclasser le salarié en son sein ou de demander ce reclassement aux autres sociétés de son groupe. Cette défaillance résulte souvent de la mise en liquidation de la filiale et de l'opposition des autres sociétés du groupe au reclassement sous prétexte qu'il n'existe pas de postes disponibles. On se demande ainsi s'il est possible de viser pour coemployeur la société mère de cette filiale.

Cette question a fait récemment l'objet de plusieurs arrêts d'appel et de cassation. Depuis quelques années, la jurisprudence tend à reconnaître, en faveur des salariés licenciés par une filiale, la qualité de coemployeur (dit aussi « employeur conjoint » ou « employeur non contractuel ») à l'égard de la société mère. Cette qualité ne découle pas d'un contrat de travail conclu entre le salarié de la filiale et la société mère coemployeur, mais de l'immixtion de cette dernière dans les rapports de travail entre la filiale et le salarié licencié, laquelle débouche en réalité sur une triple confusion d'activités, d'intérêts et de direction entre les deux sociétés. La société mère coemployeur doit à cet égard supporter les conséquences de la rupture du contrat de travail des salariés, alors même que la filiale, employeur nominal, en avait pris l'initiative. Comme un auteur le signale, « au critère de lien de subordination habituellement utilisé pour caractériser le contrat de travail, la Cour lui substitue, pour le co-emploi celui de la triple confusion, affirmant que ce seul critère serait suffisant pour caractériser un contrat de travail entre le salarié et la maison mère⁷³⁸ ».

409. Dans un arrêt rendu le 18 janvier 2012⁷³⁹, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a réaffirmé nettement cette doctrine en énonçant que le critère du lien de subordination « n'est pas de nature à caractériser la qualité de coemployeur, et que pour caractériser cette qualité, il faut qu'il existe entre la société mère et sa filiale une confusion d'activités, d'intérêts et de direction ». Plus récemment (en mai 2012), la même chambre⁷⁴⁰ a censuré une Cour d'appel pour avoir débouté un salarié d'une filiale de sa demande de saisir la responsabilité de la société mère en qualité de coemployeur pour le seul fait qu'il ne produit aucun élément caractérisant un lien de subordination à l'égard de la société mère et qu'il est constant qu'il a toujours été rémunéré par la filiale employeur, qui a prononcé son licenciement. Selon elle, la Cour d'appel aurait dû rechercher, comme il lui était demandé, s'il existait entre les deux sociétés une confusion d'intérêts, d'activité et de direction leur conférant la qualité de coemployeurs. Aux termes de cet arrêt « le contrat de

⁷³⁸ B. Guerent-Hahn, *La gestion des groupes de sociétés après les jurisprudences « co-emploi »*, *journal des sociétés*, n°96 mars 2012, p.53 et s.

⁷³⁹ Cass. soc. 18 janv. 2012, n°10-11537.

⁷⁴⁰ Cass. soc. 10-27.461, 03 mai 2012.

travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination de leur convention, mais des conditions concrètes dans lesquelles s'est exécutée la prestation de travail. (...) Les circonstances qui ont fait qu'une société soit désignée comme l'employeur, verse le salaire et notifie seule le licenciement d'un salarié qu'elle « partage » avec une autre société du même groupe, ne suffisent à exclure la qualité de coemployeur de cette autre société, pour le compte de laquelle le salarié a majoritairement travaillé ». Elle conclut en ce sens qu'« indépendamment du lien juridique de subordination qui permet d'établir une situation d'emploi salarié, l'existence entre deux sociétés du même groupe se partageant la prestation de travail d'un salarié, d'une confusion d'intérêts d'activités et de direction, caractérise leur qualité de coemployeurs de ce salarié⁷⁴¹ ».

Cependant on peut estimer – comme l'a fait un auteur – que le lien de subordination est la conséquence nécessaire du fait que la filiale a perdu toute autonomie dans la gestion de ses activités. « Affirmer que la filiale n'a plus d'autonomie de gestion revient à dire que ses représentants n'exercent pas seulement les pouvoirs dont elle est titulaire, mais également ceux appartenant à la société dominante⁷⁴² ». L'auteur s'appuie également sur les termes d'un arrêt de la Cour de cassation où elle relève que « les cadres dirigeants de la société *BSA* (la filiale employeur) n'étaient que les exécutants de décisions prises par le dirigeant de la société *Novoceram* (la société mère) dans la gestion du personnel et dans les domaines industriels et techniques⁷⁴³ ».

410. Toutefois, il convient d'évoquer à titre d'illustration de cette conception une décision de la Cour de cassation⁷⁴⁴ rendue le 22 juin 2011. Il s'agit en l'espèce d'une société *BSA* ayant pour objet d'exploiter une entité de production et de commercialisation de céramiques en grés. Cette entité était passée en 1989 sous le contrôle de la société *Novoceram*, avec laquelle elle avait conclu une convention d'assistance technique dans les domaines administratif, comptable, technique, financier, commercial, juridique et de gestion. Après être devenue une filiale d'une société italienne dite *Gruppo Concorde*, la société *Novoceram* avait conclu en 2004, avec la société *BSA* un accord qui déterminait le prix des produits de cette dernière. Dans le but de fermer son site de production, la société

⁷⁴¹ En janvier 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation (arrêt n°11-14.563, 9 janv. 2013) a réaffirmé la même jurisprudence en déclarant que « la reconnaissance d'une dualité d'employeurs suppose qu'un salarié accomplisse indistinctement son travail sous la direction commune et au profit de deux personnes physiques ou morales liées entre elles par une confusion d'intérêts, d'activités et de direction ».

⁷⁴² G. Auzro, *La qualité de coemployeur*, note sous Cass. Soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021, inédit, *Rev. dr. trav.* p. 634.

⁷⁴³ Cass. soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021, inédit.

⁷⁴⁴ *Idem*.

BSA avait établi en 2005 un plan de sauvegarde de l'emploi soumis à son comité d'entreprise. Mais, étant mise, le 18 avril 2006, en liquidation judiciaire, celle-ci avait par le liquidateur judiciaire procédé au licenciement de tout son personnel en mai et juillet 2006. Soutenant que les sociétés *Novoceram et Geuppo Concorde* avaient la qualité de coemployeurs, des salariés licenciés ont saisi la juridiction prud'homale de demandes indemnitaires dirigées contre elles.

La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir déduit l'existence entre ces deux sociétés et la société *BSA* d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, suffisante à leur conférer la qualité de co-employeur. Cette confusion reposait en effet sur plusieurs indices cités précisément dans l'arrêt. Ainsi la société *BSA* avait perdu toute autonomie dans la gestion de ses activités au profit de sa mère *Novoceram* qui définissait le prix de ses produits, et partageait avec elle les produits, les matières, les services généraux, le matériel d'exploitation et les procédés de fabrication. La gestion administrative, comptable, financière, commerciale, technique et juridique de la société *BSA* était assurée par la société *Novoceram*, laquelle gérât également son personnel. Les cadres dirigeants de la société *BSA* n'étaient que les exécutants de décisions prises par le dirigeant de la société *Novoceram* dans la gestion du personnel et dans les domaines industriel et technique⁷⁴⁵.

411. Il doit être souligné en l'occurrence que l'attribution de la qualité de coemployeur à la société mère n'empêche pas que la société filiale subsiste, qualifiée d'«employeur formel». Comme a pu le souligner *M. Gaye*⁷⁴⁶, « le partage du pouvoir hiérarchique sur le salarié par plusieurs sociétés induit que ces dernières sont ses employeurs conjoints ». Par conséquent, il n'est pas nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la filiale employeur à l'égard de la société mère ou des autres sociétés faisant partie de la confusion⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ Voir encore : *Cass. soc. 28 sept. 2011, n°10-12278*. Dans cette affaire, la Cour a exigé l'existence d'une triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre les deux sociétés. Selon elle « *plus la société mère est impliquée dans la gestion de la filiale, plus le risque d'être qualifiée de co-employeur est important. Plus l'autonomie de la filiale est importante, plus ce risque est faible* » ; *Cass. soc. 09-70.662 - 18 janv. 2011*. Dans cet arrêt, pour retenir la qualité de coemployeur, la Cour a fait référence générale au fait que « *le salarié travaille indistinctement pour le compte de l'une ou de l'autre sans qu'il soit possible de déterminer laquelle est l'employeur* ». C'est encore dans ce sens que la Cour d'appel de Lyon avait employé le concept de "confusion d'intérêt, d'activité et direction" entre deux ou plusieurs sociétés, afin d'attribuer à certaines d'elles la qualité d'employeur conjoint en faveur du salarié de l'employeur d'origine. Voir *CA. Lyon, CT0173, 6 févr. 2008, n° 06/07127*. Voir encore *CA. Paris, Pôle 06 ch. 05, 1^{er} oct. 2009, n° 07/07597*. Plus récemment, la Cour de cassation (*Cass. soc. 10-23.657, 29 mars 2012*) a déclaré dans un arrêt rendu le 29 mars 2012, que « *la qualité de co-employeurs de deux sociétés juridiquement distinctes ne peut être retenue que s'il est caractérisé entre ces sociétés une confusion d'intérêts, d'activités et de direction.* ».

⁷⁴⁶ Thèse précitée, n°123, p.77.

⁷⁴⁷ *P. Lokiec et J. Porta, Droit du travail : relations individuelles de travail, Rec. Dalloz 2012 p. 901.*

Cependant, en tout état de cause, il faudra établir l'existence de la triple confusion par des constatations concrètes. La jurisprudence retient en la matière plusieurs indices. Ainsi, dans sa décision du 18 janvier 2011 la Cour de cassation a approuvé un arrêt d'appel d'avoir pu déduire l'existence entre la société *JFH* (mère) et la société *MIC* (filiale) de plusieurs faits : l'activité économique de la filiale était entièrement sous la dépendance du groupe ; le groupe a absorbé 80 % de la production de la filiale *MIC* ; la société mère détenait la quasi-totalité du capital de sa filiale ; il existait une gestion commune du personnel des filiales françaises sous l'autorité de la société mère ; la société mère dictait à sa filiale ses choix stratégiques, notamment la décision de transférer son activité ; la société mère assurait la direction opérationnelle et la gestion administrative de sa filiale dépourvue de toute autonomie ; la société mère intervenait constamment dans les décisions concernant la gestion financière et sociale de la cessation d'activité de sa filiale et le licenciement de son personnel⁷⁴⁸.

Dans un arrêt du 28 septembre 2011, la Cour de cassation s'est fondée sur des indices similaires, y compris la communauté de dirigeants entre la société mère et sa filiale ; la tenue par la société mère de la comptabilité de la filiale ; le placement des cadres dirigeants de la filiale sous la dépendance hiérarchique directe d'un dirigeant de la société mère, auquel ils devaient rendre compte régulièrement de leur travail ; la distribution par la société mère des primes aux dirigeants de la filiale ; la charge par la société mère du recrutement des cadres dirigeants de sa filiale et de la gestion de leur carrière. On peut encore évoquer l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles daté du 23 mai 2012⁷⁴⁹, qui signale, pour constater la confusion d'activités entre deux sociétés, plusieurs indices, entre autres le fait que la société filiale (SARL) ne possédait pas de locaux propres, que son siège n'était qu'une boîte aux lettres, qu'elle était gérée par le directeur de la société mère et administrée par des salariés de cette société, que son salarié réalisait des études pour le compte de la société mère, procédait à des visites hebdomadaires au sein des agences de celle-ci, effectuait des missions qui lui étaient confiées par les directeurs de ces agences en utilisant un véhicule de fonction appartenant à ladite société, ainsi qu'une carte de carburant et des tickets de restaurant lui étaient délivrés par la société mère.

⁷⁴⁸ Voir en ce sens : A. Couret, *La cessation d'activité d'une filiale : le droit des sociétés à l'épreuve du droit social*, note sous Cass. soc., 18 janv. 2011 et 1^{er} févr. 2011, Rev. Soc. 2011 p. 154 ; B. Querenent-Hahn, *op. cit.*, p.53.

⁷⁴⁹ CA. Versailles, 15^e ch. 10/00120, 23 mai 2012

412. Toutefois, il ne faut pas aller trop loin, jusqu'à ignorer la réalité du groupe de sociétés, qui implique l'existence d'une unité économique et administrative entre les sociétés regroupées. La Cour d'appel de Lyon a estimé dans un arrêt⁷⁵⁰ que « la confusion ne saurait résulter ni de ce que les sociétés ont une direction commune ni de la dépendance économique dans laquelle se trouve l'une des sociétés par rapport à l'autre ». La Cour de cassation a également eu l'occasion en 2012 de juger la même chose, précisant que le critère du lien de subordination n'est pas à lui seul suffisant pour caractériser la qualité de coemployeur de la société-mère qui suppose indéniablement l'existence entre celle-ci et sa filiale d'une confusion d'activités, d'intérêts et de direction⁷⁵¹.

413. Enfin, nous concluons sur une question importante, relative à l'étendue de cette jurisprudence. S'agit-il pour la théorie de l'employeur conjoint, issue de la confusion d'activités d'intérêts et de direction entre la filiale et une ou d'autres sociétés de son groupe, de viser uniquement le licenciement économique ou peut-elle intéresser encore d'autres domaines ?

Dans sa décision du 22 juin 2011, la Cour de cassation a employé une formule souple, susceptible à notre sens d'accepter l'application de cette conception à d'autres relations de travail. Elle a approuvé la Cour d'appel d'avoir retenu « qu'en sa qualité d'employeur conjoint, la société *Novoceram* devait supporter les conséquences de la rupture des contrats de travail des salariés, alors même que la société *BSA* en avait pris l'initiative ». On est en effet en droit de déduire de ces phrases, comme l'a fait *G. Auzero*, que la notion d'employeur conjoint ne doit pas être prise au « pied de la lettre⁷⁵² ». D'autres sujets, tels que la mise à disposition et le détachement de salariés, peuvent donner lieu à l'invocation par le salarié de cette théorie en vue de poursuivre la société mère qualifiée d'employeur conjoint.

414. Pour conclure, l'appartenance de la filiale employeur à un groupe de société permet également d'affecter la situation juridique des salariés, mais sans pour autant mettre fin à leur contrat du travail. Cette affectation arrive souvent dans la vie des groupes, prenant différentes formes suivant la restructuration décidée par la filiale ou sa mère.

⁷⁵⁰ CA. Lyon, CT0173, 6 févr. 2008, n° 06/07127.

⁷⁵¹ Cass. soc. 18-11.537, 18 janv. 2012.

⁷⁵² *G. Auzero*, *op. cit.*, p. 636.

Section II : La restructuration impliquant un changement notable dans la situation du salarié

415. Au cours de la vie sociale, la société filiale et sa mère procèdent à des opérations entraînant une transmission partielle ou universelle de leur patrimoine social et ainsi un changement dans la situation juridique de leurs salariés. Ces opérations prennent dans les groupes plusieurs formes, telles la fusion, la cession, la transformation, la mise en société⁷⁵³. La situation n'est pas simple ; en raison de la présence de « multinationales », de sociétés de droit étranger et d'entreprises de taille européenne, pouvant développer leur croissance à l'intérieur de l'Union européenne. La question s'était posée de savoir si de telles opérations autorisaient soit la rupture unilatérale du contrat de travail, soit une modification essentielle de celui-ci⁷⁵⁴.

416. Selon l'article L. 1224-1 du Code du travail français, « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». De même, au terme de l'article 49 du Code de travail libyen « 1- Lors d'une opération de restructuration, issue d'une dissolution, une liquidation, une faillite, une fusion, une cession ou un changement d'employeur pour quelque raison que ce soit, les contrats de travail en cours sont transférés automatiquement au repreneur ; 2- exceptés les cas de dissolution, de faillite et de fermeture définitive de l'entreprise, les contrats de travail à durée déterminée subsistent jusqu'au terme ; le nouveau et l'ancien employeur sont tenus pour responsables solidairement d'exécuter les obligations issues de ces contrats ».

417. Au plan communautaire, la directive 2001/23 du 12 mars 2002 définit les conditions dans lesquelles les droits des travailleurs sont maintenus en cas de transfert d'entreprise ou d'établissement. Ce texte ainsi que les interprétations du juge communautaire exercent une influence importante sur la jurisprudence française. L'application de ces règles nécessite que les conditions qu'elles prévoient soient réunies. Dans le cas contraire, le transfert des contrats de travail peut s'opérer hors de ce cadre, soit en application de la convention collective, soit par la volonté des parties au vue des

753 A. Mairot, *La société-partie au procès civil*, thèse en droit soutenue le 23 octobre 2010, à l'université de Franche-Comté., n°626, p.414.

754 F-J. Pansier, *Droit du travail, relations individuelles et collectives*, Litec, 5e éd, n°330, p.165.

dispositions pré-étudiées.

418. Les cas évoqués dans ces dispositions diffèrent donc de l'hypothèse de transfert de salariés d'une société à une autre étrangère à leur champ d'application tant qu'elle ne produit aucune modification statutaire dans l'entreprise initiale. Cependant, si l'activité à laquelle participait le salarié était elle-même modifiée – transférée ou disparue –, lesdites dispositions et d'autres doivent être appliquées. On n'est en l'occurrence plus en présence d'un contrat de travail transféré avec modification ou non, mais plutôt d'un changement dans la situation juridique de l'entreprise filiale, lequel emporte des effets importants sur le statut des salariés concernés. Cette modification peut, dans la pratique des groupes, revêtir plusieurs formes juridiques comme par exemple la cession totale ou partielle de l'activité de la filiale, la mise en société, la fusion, la dissolution ou la transformation de la filiale. En d'autres termes, elle peut impliquer pour la filiale une cession totale ou partielle de son activité et de ses salariés, une dissolution de son statut juridique et ainsi une résiliation de ses contrats de travail, ou une transformation.

Sous-section I : Les droits des salariés en cas de cession de la filiale ou de son entité

419. Conformément à une jurisprudence bien établie, l'article L. 1224-1, tel qu'interprété au regard de la directive communautaire, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ou reprise. C'est-à-dire un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre⁷⁵⁵. Pour une filiale, l'entité économique peut être une succursale, une agence, une usine ou une branche d'activité. Son autonomie doit être appréciée au regard de son objectif commercial, consistant en l'obtention des résultats spécifiques et des finalités propres. C'est une autonomie économique détachée de la personnalité juridique.

Il importe à ce titre de distinguer la cession d'entité économique de celle de contrôle ou de participation que la société mère opère sur sa filiale. L'application desdites dispositions ne relève en effet que de la première, car le transfert de la filiale n'entraîne aucune modification dans la situation juridique de celle-ci qui garde son autonomie et ainsi son lien avec ses salariés⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ *Mémento Pratique Francis Lefebvre, social 2009, op. cit., n°74585, p.1174.*

⁷⁵⁶ Voir, M. Albadawi-Alazhari, *Droit des activités économiques, premier livre, les règles et les principes*

I- La cession de filiale

420. La cession de filiale constitue une cession de contrôle. Il s'agit de vente massive de droits sociaux détenus par la société mère, qui entraîne la prise de contrôle de la filiale par un tiers⁷⁵⁷. Autrement dit, cette opération induit un transfert massif des titres détenus par la société mère dans sa filiale au profit d'une société tierce. Elle implique à cet égard un changement de société contrôleuse et, conséquemment une modification dans la situation économique et administrative de la filiale. Dans une affaire relativement ancienne, la Cour de cassation⁷⁵⁸ définit la cession de filiale en déclarant que « s'il est vrai que la vente, régulièrement conclue entre particuliers, d'actions ou parts d'une société constitue, en règle générale, une opération d'ordre privé à laquelle les dispositions du code du travail ne sont pas applicables, il en va autrement dans le cas où la transmission négociée d'une partie du capital social est utilisée comme un moyen de placer la société qui exploite une entreprise sous la dépendance d'une autre société ; qu'une telle opération (...) équivaut dans l'ordre économique à la cession de l'entreprise elle-même».

De même, à la différence des fusions qui entraînent la disparition de la société absorbée, la cession de filiale laisse subsister la personnalité juridique de celle-ci, assurant en conséquence la continuité de ses contrats de travail⁷⁵⁹. Elle n'implique pas de changement d'employeur pour les salariés⁷⁶⁰ : la société filiale reste toujours le seul employeur⁷⁶¹. Dans cette logique la Chambre sociale de la Cour de cassation estime que «les dispositions des articles L. 122-12 du Code du travail (devenu C. trav. L. 1224-2) et L. 122-12-1 (C. trav. L.1224-2) ne s'appliquent pas en cas de changement de majorité dans la détention du capital social d'une personne morale⁷⁶²».

généraux, centre national des recherches et des études scientifiques, 1997, p.326 et s.

757 Voir en même sens A. Charveriat et al., *Groupe de sociétés*, op. cit., n°320, p.53.

758 Cass. crim. 2 mars 1978, *Ets Haulotte*, Dr. soc. 1978.396, note J. Savatier, Dr. ouv. 1978.310.

759 B. Boubli, *Les groupes de sociétés et le droit du travail : La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999, n°59, p.38. Ce professeur a écrit « En cas de prise de participation dans le capital d'une société, l'employeur ne change pas ; il demeure la société d'origine (...). Lorsqu'une filiale est cédée et quitte le groupe, le personnel affecté quitte également le groupe, et suit l'employeur qui reste juridiquement le même ».

760 Voir P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n°551, p.369 : « Le changement de majorité ne vaut pas changement d'employeur ».

761 Dans un arrêt daté du 12 déc. 1972, la Cour de cassation reprocha à une Cour d'appel d'avoir qualifié de fusion une opération de cession partielle d'actif réalisée par une société au capital d'une autre. Selon la Cour « lorsqu'elle n'est que partielle, la fusion ou l'absorption d'une société par une autre n'implique pas la disparition de cette société ». Elle a considéré la société en cause comme existante et intéressée par toutes les règles relatives au personnel.

762 Cass. soc. 12 févr. 1985, *Bull. civ. V*, n°93.

421. En revanche, la cession de filiale peut assurer une grande souplesse dans l'orientation économique de l'activité de celle-ci par le cessionnaire. Elle est, à l'inverse, de cette façon susceptible de présenter pour les salariés un certain nombre d'inconvénients. D'une part, la filiale cédée peut perdre son indépendance juridique en raison de l'ingérence du cessionnaire, et ainsi faire l'objet de restructurations génératrices de suppressions d'emploi et d'abandons d'activité. D'autre part, les salariés participant au capital peuvent voir affaiblir la valeur de leurs titres à cause de l'entrée de leur société dans un groupe en difficulté. Il est en effet possible que les dirigeants de la filiale se trouvent obligés de sacrifier son intérêt particulier en vue de satisfaire l'intérêt commun du groupe, bien que la situation économique de l'ancien groupe fût saine. En troisième lieu, la société filiale peut passer du contrôle de sa mère à risque illimité à une autre société mère à risque limité, ce qui entraîne pour ses salariés la perte d'un gage important attaché au patrimoine de l'ancienne société mère. Il est en effet concevable que la cession ait lieu entre sociétés de formes différentes⁷⁶³. Ce problème peut également se rencontrer lorsque le passage du contrôle sur la filiale se fait d'une société mère française à une société mère étrangère. La différence de nationalité ne fait pas, en soi, obstacle à la cession.

Dans de telles situations on doit se demander si les salariés de la filiale peuvent se protéger contre ces comportements préjudiciables. Au regard de la doctrine et la jurisprudence en vigueur, la protection est assurée au moyen de deux mécanismes juridiques : sont accordés un droit d'agir en responsabilité contre la société mère cédante, en vue d'invoquer un préjudice né de la cession, ainsi qu'un droit à l'information et à la consultation des représentants du personnel.

A- L'action en responsabilité dirigée contre la société mère cédante

422. Tout d'abord, il est à souligner que les cessions de contrôle ne sont pas soumises à un régime juridique d'ensemble particulier. Les conséquences économiques importantes qu'elles peuvent avoir « ont conduit les pouvoirs publics et les tribunaux à prendre des mesures ponctuelles afin d'éviter certains abus⁷⁶⁴ ». En effet, il existe dans la jurisprudence une tendance constante à protéger les salariés de la filiale cédée lorsque le cessionnaire est en difficulté et que la société mère cédante est au courant de cette situation. Dans une

⁷⁶³ A. Mairot, thèse précitée, n°628, p.415 ; R. Routier, note sous Cass. com. 6 janv. 1998, Bull. Jolie sociétés 1998, p.370.

⁷⁶⁴ A. Charveriat, *Groupe de sociétés*, op. cit., n°325, p.54.

affaire, la Cour de cassation⁷⁶⁵ a reproché à une Cour d'appel d'avoir dégagé la société mère cédante de sa responsabilité issue de la cession de sa filiale. Elle a déclaré en ce sens que «doit être cassé l'arrêt qui déclare irrecevable l'action de salariés employés par un repreneur à la suite de la cession d'une filiale de la société mère au motif que les fautes alléguées contre cette dernière étaient des fautes générales dans la gestion de la filiale, alors qu'ils invoquaient un préjudice né des conséquences de cette cession, particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective⁷⁶⁶».

423. On peut également évoquer une autre affaire plus récente relative à une société mère ayant cédé sa filiale à une autre société en difficulté. Celle-ci, ne pouvant éviter la liquidation judiciaire, les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont saisi la responsabilité de la société mère cédante à l'égard des salariés de son ex-filiale, licenciés à cause de cette liquidation. La Cour de cassation a reconnu que les salariés d'une société liquidée peuvent retenir la responsabilité de l'ancienne société mère de leur employeur pour réparation d'un préjudice particulier⁷⁶⁷.

La question portait en l'occurrence sur le fondement de la responsabilité de la société mère qui n'était pas en lien avec les salariés licenciés. Ces derniers, victimes de la cession, sont en effet liés à la société filiale, et n'ont aucun rapport contractuel avec la mère, ni avant ni après la cession. Selon certains auteurs⁷⁶⁸, la responsabilité peut être recherchée à titre exceptionnel sous le fondement du droit commun (l'article 1382 du Code civil). La société mère a commis une faute lorsqu'elle a cédé sa filiale à une société ou à un groupe de sociétés en difficulté.

B- Le droit d'information et consultation des représentants du personnel

424. Les cessions de participation et de contrôle sont soumises à l'information et à la consultation du comité d'entreprise⁷⁶⁹. L'article L. 2323-19 du Code du travail⁷⁷⁰ renvoie,

⁷⁶⁵ Cass. soc. 14 nov. 2007, n°05-21.239, *Bul* 2007, V, N, n°188.

⁷⁶⁶ La Cour ajoute encore dans cet arrêt « *qu'en statuant ainsi, alors que les salariés invoquaient le préjudice résultant, à la suite de la cession de la filiale, de la perte de leur emploi ainsi que de la diminution de leur droit à participation dans la société BEA et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe Bull, ce qui constituait un préjudice particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective de la société Act MF, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* »
⁷⁶⁷ V. Cass. soc. 14 nov. 2007.

⁷⁶⁸ Voir O. Guéguen et I. Marguet, *Quel risque pour l'actionnaire deep pocket face aux difficultés financières de la filiale ?* Un article publié sur internet http://www.dechert.com/library/102-chro_dechert.pdf

⁷⁶⁹ La constitution du comité d'entreprise est obligatoire en droit français lorsque le nombre de salariés dépasse les cinquante. En deçà, les représentants du personnel sont choisis par les salariés. Il existe encore un cadre de représentation au-delà, qui est le comité de groupe et le comité d'entreprise européenne. Les procédures d'information et de consultation au sujet de cession se restreignent cependant au niveau du comité

pour définir la cession de filiale, à l'article L. 233-1 du Code de commerce. Selon ce dernier, cette cession existe lorsque la société mère possédant plus de la moitié de sa filiale transfère ce bloc de participations. De même, selon la doctrine⁷⁷¹, la cession doit faire l'objet de la procédure d'information et de consultation préalable lorsqu'elle vise une minorité des actions permettant soit une prise de contrôle majoritaire soit une influence sur la marche générale de l'entreprise filiale (en créant par exemple une minorité de blocage par le franchissement d'un des seuils prévus au Code de commerce). Il en va de même lorsque la cession sans contrôle traduit, eu égard à son importance, un déplacement de la propriété sociale risquant d'hypothéquer l'avenir et d'avoir des conséquences sur l'emploi du personnel.

Néanmoins, l'obligation d'information et de consultation concerne à la fois la direction de la société mère cédante, celle de la société cessionnaire, et celle de la filiale cédée. Mais si le projet n'emporte de conséquences que sur les salariés de cette dernière, seul son comité d'entreprise sera informé et consulté sur les mesures envisagées à l'égard de ces salariés (Circ. DRT 12 du 13-11-1984, n°1-4 : BOMT n°84/8 bis). Pour pouvoir formuler un avis motivé, l'article L. 2323-4 du Code du travail⁷⁷² prévoit que les comités concernés doivent disposer d'informations précises et écrites, transmises par le dirigeant de leur société, le président, le directeur général ou le gérant, en fonction du type social. Selon la Cour de cassation⁷⁷³, les dispositions de cet article imposent seulement au chef d'entreprise qui consulte le comité d'entreprise sur un projet de décision de fournir des informations précises et écrites, mais elles ne lui font pas obligation de communiquer le projet lui-même, sauf disposition légale particulière.

425. S'agissant de la sanction prévue en cas de violation de cette obligation, elle prend deux formes essentielles : pénale et civile. La violation par le chef d'entreprise concernée (le président, directeur général ou le gérant de la filiale cédée, mère cédante ou le cessionnaire) de ses obligations en matière d'information et de consultation du comité d'entreprise constitue en droit français le délit d'entrave au fonctionnement de cette

d'entreprise.

770 Au terme de cet article « *Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition et de la cession de filiales au sens de l'article L.233-1 du Code de commerce* ».

771 M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J., 2003, p.575.

772 Aux termes de cet article « *Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations* ».

773 Cass. crim. 6 avr. 1993, n°92-80.864.

institution. Ce délit est constitué non seulement en cas d'absence de consultation du comité, mais aussi en cas de consultation tardive ou d'insuffisance d'informations remises au comité⁷⁷⁴. De plus, le non respect de ladite obligation constitue sur le plan du droit civil un trouble illicite qui peut donner lieu aux salariés victimes à des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. La Cour de cassation a souligné (dans une affaire relative à un comité central d'entreprise n'ayant reçu d'informations précises sur le projet de cession qu'une semaine avant la date à laquelle il devait exprimer son avis) que le juge des référés avait pu ordonner la mesure de remise en état qui s'imposait pour faire cesser ce trouble sans encourir le risque d'avoir, en reportant la consultation du comité à une date postérieure à celle prévue par les vendeur et acquéreur de la cession, suspendu une opération patrimoniale d'ordre privé⁷⁷⁵.

C- Le sort des mandats sociaux et représentations du personnel

426. En application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, les salariés protégés doivent en principe se soumettre au transfert lorsque la cession est totale, c'est-à-dire quand l'entreprise passe entièrement sous le contrôle du cessionnaire. Il en résulte ainsi que le transfert des contrats de travail des représentants du personnel au nouvel employeur s'opère de plein droit sans formalité particulière⁷⁷⁶. Sont concernés par cette protection les membres élus du comité d'entreprise et représentants syndicaux au comité d'entreprise, les délégués du personnel et les délégués syndicaux⁷⁷⁷. Cependant, il faut se rendre compte que l'application de cet article repose sur la conservation de l'autonomie juridique de l'identité et de l'activité économique de l'entreprise transférée. En effet, il existe deux dispositions qui mettent en œuvre cette condition, à savoir : la directive du 14 février 1977⁷⁷⁸ (devenue la directive 2001/23 du 12 mars 2001⁷⁷⁹) qui prévoit le maintien du statut et de la fonction des représentants des travailleurs concernés par un transfert, dans la mesure où l'établissement conserve son autonomie⁷⁸⁰ ; la loi du 28 octobre 1982 - relative

774 A. Charveriat et alter, *Groupes de sociétés*, op. cit., n°19540, p.1207.

775 Cass. soc. 16 avr. 1996 n°93-15.417 : RJS 5/96 n°559.

776 *Mémento social*, op. cit., n°47910, p.1185.

777 C. Pizzio-Delaporte, *Droit du travail, théorie et pratique*, 2011, n°650, p.313.

778 (concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements)

779 Voir *Journal officiel des communautés européennes*, 22/3/2003.

780 L'article 6 de la nouvelle directive dispose que « Si l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement conserve son autonomie, le statut et la fonction des représentants ou de la représentation des travailleurs concernés par le transfert subsistent, selon les mêmes modalités et suivant les mêmes conditions qu'avant la date du transfert en vertu d'une disposition législative, réglementaire, administrative ou d'un accord, sous réserve que les conditions nécessaires pour la formation de la représentation des

au développement des institutions représentatives du personnel – prévoyant que « le mandat des représentants subsiste lorsque l'entreprise conserve son autonomie juridique⁷⁸¹ ». De même, la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour décider que si le cessionnaire modifie - même d'une manière partielle - l'activité sociale ou son organisation, ledit article du Code du travail n'est plus applicable⁷⁸². Cette exigence répond en effet à la spécialisation et la compétence des représentants de filiale cédée, considérant que le changement d'activité par le cessionnaire entrave par sa nature la capacité d'exercer le nouveau mandat.

En revanche, les salariés investis des mandats de direction ou de gérance dans la filiale cédée ne sont transférés au nouvel employeur que si l'activité initiale est poursuivie par ce dernier. Il en est ainsi même si les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies au contrat de travail, vu la différence entre l'objet de chaque mission.

II- Le transfert d'une entité économique détenue par la filiale

427. L'entité économique autonome se définit comme « l'ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre⁷⁸³ ». Par exemple, peut constituer une entité économique détenue par la filiale : la branche ou le secteur d'activité, le fonds commercial, la succursale, etc. L'entité économique doit néanmoins constituer une unité distincte et détachée des autres activités exercées par la filiale, dotée d'une organisation particulière et suivant un objectif propre.

En pratique, la cession d'entité économique de la filiale peut prendre deux formes essentielles, à savoir le transfert par la vente de l'entité visée ou la mise en société-filiale.

travailleurs soient réunies».

781 C'est au jour du transfert qu'il convient de se placer pour décider si l'établissement (la filiale) cédé a conservé son autonomie et son caractère distincts. v. *Cass. soc. 3 févr. 1998, S.A. Sécurité prévention Grand Ouest (S.P.G.O), R.J.S. n327.*

782 *Cass. soc., 12 déc. 1990, Bull. civ. V, n°654 ; Cass. soc., 31 mai 1994, n°93-40.887 ; M. Cohen, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, éd. L.G.D.J., 2003.p.890.* Par une lettre officielle datée le 10 mai 1988, l'administration tient également pour critères essentiels l'autonomie de la structure et la poursuite de l'activité (voir : *Lettre min. trav., 10 mai 1988, Rev. Franç. aff. soc. 1988, n°3, p.3.*)

783 *CA. Dijon, ch. soc., 24 mars 2011, 10/00508 ; voir aussi; CA. Paris, 31 mars 2011, n°09/06487 : l'entité économique est « un ensemble organisé de personnes ou d'éléments incorporels, à savoir des locaux, du matériel ou des équipements, ou incorporels, comme une clientèle ou un droit au bail, ainsi que du personnel propre, permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre » ; CA Basse-Terre, 10/01886, 26 mars 2012 : « l'entité économique devant s'entendre comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique...».*

A- Le transfert par la vente

428. Il y a transfert d'entité économique lorsque les moyens d'exploitation indispensables à la poursuite de l'activité ont été repris par le nouveau titulaire du marché (le cessionnaire)⁷⁸⁴. Selon l'article L. 1224-1 du Code du travail tel qu'interprété par la jurisprudence, le transfert d'une entité économique détenue par une filiale emporte automatiquement maintien des contrats de travail sans qu'on puisse déroger par des conventions particulières⁷⁸⁵. Le salarié détaché auprès de la filiale dont l'entité économique a été transférée passe ainsi au service du nouvel employeur. Cette règle, d'ordre public,⁷⁸⁶ explique que toute clause de non reprise ou de reprise partielle des salariés de l'entité cédée par le cessionnaire doit être réputée non écrite. La Cour de cassation française a décidé dans un arrêt ⁷⁸⁷ qu'« il résulte de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail (devenu l'article L. 1224 même Code) que les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et qui poursuit la même activité ou une activité similaire ».

429. En outre, pour l'application de l'article L. 1224 dudit Code, il faut que l'entité économique transférée conserve son identité en poursuivant la même activité ou une activité similaire. Selon la Cour de cassation⁷⁸⁸, le maintien de l'identité doit être apprécié au moment même du transfert et cette exigence doit porter sur l'activité exercée et sur les conditions principales d'exercice de l'activité. Une modification des modalités de fonctionnement de l'entité économique transférée décidée par le nouvel exploitant après le changement d'employeur ne peut suffire en elle-même à affecter l'identité de l'entité cédée⁷⁸⁹. De la même manière, la même Cour jugea dans une affaire plus récente⁷⁹⁰ que «

⁷⁸⁴ Cass. soc. 15 mars 2011, n°09-67.932.

⁷⁸⁵ Cass. soc., 13 juin 1990, n° 86-45.217, *SA Société Blois Les Saules Automobiles c/ Mlle Level et autres*, inédit N° Lexbase : A8814AAP ; Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44.705, *M. Launay c/ Société Baume et autre*, publié N° Lexbase : A6396ABI). Aux termes de ce dernier arrêt « La convention entre deux sociétés portant sur la cession d'un secteur de l'entreprise exploité par le cédant et excluant du transfert un salarié employé en partie au secteur cédé, ne peut faire échec aux dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail et reste sans effet. En conséquence, le salarié doit passer au service du cessionnaire pour la partie de l'activité qu'il consacrait au secteur cédé ».

⁷⁸⁶ Soc. 13 juin 1990, Bull. civ. V, n° 273 ; D. 1990. IR. 184 ; Soc. 22 juin 1993, Bull. civ. V, n° 171 ; Dr. soc. 1993. 769 ; RJS 1993, n° 844.

⁷⁸⁷ Cass. soc. 13 nov. 2007, pourvoi n° 06-41.512 et 06-41.800, inédits. Note : F. Waquet, *Transfert d'une entité autonome, perte d'identité*. *Revue de droit du travail*, 2008, p.35.

⁷⁸⁸ Soc. 10 juill. 2007, n° 06-40.406.

⁷⁸⁹ Arrêt préc. (du 10 juill. 2007).

la cour d'appel ayant constaté que le nouvel adjudicataire du marché, la société *RENOSOL*, avait poursuivi l'activité de préparation des véhicules de la société *HERTZ* antérieurement assurée par la *SNA ORGANISATION*, dans les mêmes locaux mis à disposition par la société *HERTZ*, ce dont il résultait qu'il avait repris les moyens d'exploitation utilisés par son prédécesseur ; qu'en disant cependant que le contrat de travail du salarié n'avait pas été transféré à la *SAS RENOSOL*, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article L. 1224-1 du Code du travail ». Mais il faut souligner que cet article ne peut pas interdire à l'entreprise cessionnaire d'évoluer et de se réorganiser. « Elle n'est pas figée définitivement au stade où la reprise du fonds ancien s'est produit ». En ce sens l'arrêt du 10 juillet 2007 précité énonce qu' « une modification des modalités de fonctionnement de l'entité économique transférée, décidée par le nouvel exploitant après le changement de l'employeur ne peut suffire en elle-même à affecter l'identité de l'entité cédée ⁷⁹¹ ». Cependant, l'identité n'existe plus en cas de changement d'activité ⁷⁹², de cessation pure et simple de l'activité sans reprise de son exploitation par le successeur ⁷⁹³.

430. De même, selon une jurisprudence dominante, le fait que le repreneur des éléments constitutifs de l'entité économique ait été placé en redressement judiciaire à l'époque du transfert n'empêche pas l'application de l'article L. 1224 du Code de travail ⁷⁹⁴. Il importe pour autant de savoir si les salariés peuvent se retourner contre la filiale cédante sous fondement de sa faute personnelle. Nous avons vu que la jurisprudence française tend à protéger les salariés d'une filiale en cas de cession de celle-ci si le cessionnaire est en difficulté et que la société mère cédante est au courant de cette situation. Il n'existe pas de difficulté à appliquer cette jurisprudence au cas présent si la filiale cédante est consciente que le repreneur de son entité est en difficulté et que les salariés de cette entité risquent d'être licenciés. La responsabilité peut en l'état être recherchée sous le fondement du droit commun (l'article 1382 du Code civil).

B- Le transfert par la mise en société d'une entité économique distincte

431. La mise en société (dite aussi apport partiel d'actif ⁷⁹⁵) peut entraîner un risque

⁷⁹⁰ Cass. soc. 15 mars 2011, n° 09-67. 932.

⁷⁹¹ Voir encore Cass. soc. 13 nov. 2007, pourvoi n° 06-41.512 et 06-41.800 : « qu'au jour du transfert la branche d'activité cédée constituait une entité économique autonome, et que les modifications ensuite apportées dans son fonctionnement par la société cessionnaire n'avaient pas affecté son identité à la date du changement d'employeur ».

⁷⁹² Cass. soc. 9 juin 1983, n° 81-40.257.

⁷⁹³ Cass. soc. 3 mars 1988, n° 84-43.596.

⁷⁹⁴ Cass. soc. 2 juill. 2007, n° 06-40.594.

⁷⁹⁵ L'apport partiel d'actif n'est pas défini par la loi. La doctrine s'accorde néanmoins à voir dans l'apport

majeur pour les salariés de la filiale. Cette dernière, en vue de limiter sa responsabilité, peut procéder à la sous-filialisation d'une succursale ou d'une agence, lui conférant la forme d'une société à risque limité. Elle décide ainsi soit l'abandon de toute activité opérationnelle, se cantonnant dans le rôle de pure et simple holding, soit la poursuite d'une partie de son activité principale en en confiant le reste à la nouvelle société. La mise en société peut également déboucher sur la création d'une filiale commune lorsque « deux groupes, plutôt que de continuer à se concurrencer dans un segment précis, décident d'unir leurs efforts ; chacun fera apport à la filiale commune de l'activité mise en commun⁷⁹⁶ ».

432. En tout état de cause, l'opération de sous-filialisation peut donner lieu à un transfert massif des salariés de la filiale fondatrice à la nouvelle société. D'où deux hypothèses : d'une part, la filiale peut constituer sa nouvelle société sous la forme d'une société à risque limité, privant les salariés transférés de toute possibilité de poursuite. D'autre part, le capital consacré à l'objet de la nouvelle société peut être manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée si bien que celle-ci se trouve abandonnée à la liquidation. On se demande dans de telles situations si les salariés disposent d'un droit de recours contre la société filiale apporteuse.

L'article L. 1224-1 du Code du travail, prévoyant la transmission et le maintien automatique des contrats de travail, n'apporte pas de réponse à cette question. On pourrait néanmoins invoquer dans la jurisprudence française deux solutions applicables en la matière. D'une part, il est possible que la faute de gestion soit concomitante à la création de la société en raison de choix d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement⁷⁹⁷. En ce sens, la Cour de cassation a déclaré que « s'il y a faute de gestion il ne s'agit tout au plus que de l'imprudence commise lors du choix de l'activité économique de l'entreprise et dans le financement de l'investissement initial et qu'aucune faute n'a lieu au stade de l'exploitation proprement dite⁷⁹⁸ ». La Cour rejeta dans cette affaire l'idée selon laquelle la faute de gestion ne pourrait être commise qu'à partir du moment où l'exploitation sociale a débuté, en donnant lieu à une action en comblement de

partiel d'actif « une opération par laquelle une société apporte à une autre société une partie de son patrimoine et reçoit en échange des titres sociaux ». Voir M. Germain et J-P. Legros, *Travaux dirigés*, 8^{ème} éd. op.cit., n°22, p.243.

⁷⁹⁶ Voir en même sens M. Cozian et alter, op. cit., n°1419, p.631.

⁷⁹⁷ Voir J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté, sous la direction de P. Roussel Galle*, LexisNexis, 2012, droit 360°, n°1676, p.754 : « la faute de gestion peut être contemporaine de la constitution de la société en raison de choix d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement ».

⁷⁹⁸ Cass. com., 19 mars 1996: Bull. civ., IV, n° 91, p. 77; voir Rapp. C. cass. 1996, p 295 – Cass. com., 23 nov. 1999: RJDA 4/2000, n° 457, p. 361.

passif (C. com. art. L. 652-1). La filiale peut à cet égard se voir imputer une faute de gestion lorsqu'elle met en société son entité économique sans qu'elle lui accorde un capital suffisant à son activité⁷⁹⁹.

433. D'autre part, les salariés transférés sont également en mesure d'invoquer l'article 1382 du Code civil pour assigner la société filiale cédante. Une décision de la Cour de cassation⁸⁰⁰, relative à une société mère cédante d'une filiale à une autre société en difficulté, vient confirmer cette possibilité. À l'issue de la liquidation judiciaire de celle-ci, la société-mère a été mise en cause au profit des salariés de son ex-filiale et condamnée à les indemniser du préjudice résultant de leur licenciement dans le cadre de la liquidation. La Cour de cassation a reconnu que les salariés d'une société liquidée peuvent rechercher la responsabilité de l'ancienne société mère de leur filiale employeur cédé, pour réparation d'un préjudice particulier.

Bien que cette affaire concerne la cession d'une filiale plutôt que la mise en société d'une entité économique, elle apparaît intéressante pour la protection de ses salariés. En effet, il est envisageable que la société filiale, au lieu de licencier ses salariés et encourir une responsabilité, s'en défasse par la mise en société de l'entité économique dans laquelle ils travaillent. Ces salariés risqueraient en l'état de ne pas obtenir leurs salaires de leur nouvel employeur du fait de son insolvabilité. Ils pourraient poursuivre la filiale créatrice sur le fondement du droit commun (C. civ. fr. art.1382/C. civ. lib. art.166).

434. De même, il existe dans certains droits étrangers des dispositions particulières relatives à la responsabilité des fondateurs sociaux en cas de faillite issue d'insuffisance de capital social. On peut évoquer à titre d'exemple l'article 456-4 du Code belge des sociétés qui prévoit que « une responsabilité aggravée des fondateurs des sociétés lorsque survient la faillite de la société dans les trois ans de sa constitution et que le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins ». Selon un auteur⁸⁰¹, « le capital dont les fondateurs doivent examiner le caractère suffisant au regard de l'activité projetée, englobe tous les moyens de financement raisonnablement prévisibles. Il s'agit avant tout du capital statutaire, mais également de toute autre source de financement (crédits bancaires, prêts ou avances d'associés, crédits usuels des fournisseurs, recettes,

799 Voir dans ce sens : Sh. Gannam, *La faillite des groupes multinationaux – la responsabilité de la société mère étrangère des dettes de ses filiales* –, Dar Al-Nahda Aljadida, 2006, p.114.

800 V. Cass. soc. 14 nov. 2007.

801 J.-F. Goffin, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 2^{ème} éd. Larcier, 2004, point 34.

subsidés,...) ».

435. En application de cet article, si l'entité mise en société est déclarée en faillite dans les trois ans de sa constitution, la filiale fondatrice peut être tenue de payer le passif social si elle n'a pas respecté deux conditions essentielles : si elle n'avait pas, lors de la mise en société, prévu un capital suffisant pour exercer l'activité sociale de la nouvelle société pendant au moins deux ans ; si l'insuffisance d'actif était à l'origine de la faillite de celle-ci, arrivée dans les trois ans suivant sa constitution. À la réunion de ces deux conditions, les salariés auront vocation à poursuivre leur ancien employeur (filiale) pour obtenir leurs droits aux salaires et à l'indemnité que leur nouvel employeur ne pouvait payer. Néanmoins, quand bien même la déclaration de faillite a été prononcée au-delà de cette période, les salariés licenciés pourraient à notre sens avoir raison de mettre en cause la responsabilité délictuelle de la filiale créatrice sur le fondement du droit commun. Cette dernière commet une faute de gestion lorsqu'elle met en société une entité économique sans lui accorder le capital suffisant au règlement de ses dettes.

Sous-section II : Les droits des salariés en cas de transformation de la société filiale ou mère

436. Transformer une société, c'est changer sa forme juridique, c'est-à-dire le passage d'une forme de société à une autre forme⁸⁰² : une filiale SA se mute en filiale SARL ou en filiale SAS, une filiale SNC devient commandite simple...etc. Selon l'article 1844-3 du Code civil «la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle». Par conséquent, les contrats en cours se poursuivent et les engagements des tiers sont maintenus⁸⁰³. Les salariés de la filiale transformée y restent donc rattachés mais avec une modification dans leur situation juridique. L'importance de cette modification diffère en fonction de la forme choisie pour la société transformée. Chaque forme juridique a des règles qui lui sont propres et qui peuvent affecter les droits des salariés. Lorsque la transformation conduit à adopter la forme d'une société à responsabilité limitée, les salariés se voient défavorisés puisque les associés sont à l'abri de toute poursuite. En revanche, si la nouvelle forme choisie est celle d'une société à risque illimité, les salariés se trouvent avantagés dès lors que les associés de la société transformée deviennent indéfiniment responsables des dettes sociales.

802 Voir M. Germain et J-P Legros, *Travaux dirigés de droit des sociétés*, Litec, 7e éd, n°4, p.40 : « La transformation est l'opération qui consiste à donner une nouvelle forme à une société tout en conservant la personnalité morale. Elle se présente comme une modification des statuts ».

803 A. Constantin, *Droit des sociétés, droit commun et droit spécial des sociétés*, éd. Dalloz 2004, p.93.

L'importance s'accroît d'ailleurs s'agissant des salariés d'une société filiale, car le changement de forme induit l'entrée ou la sortie de la société mère et de sociétés sœurs, associées parfois.

437. Toutefois, bien que les Codes de commerce français et libyen ne prévoient pas de règles purement relatives aux salariés, ces derniers ne sont pas privés de toute protection, étant considérés comme créanciers, voire actionnaires. Ils jouissent à ce titre de la protection que le Code de commerce offre aux créanciers et actionnaires, consistant en l'opposition à la résolution de transformation⁸⁰⁴. De même, l'article L. 1224 du Code du travail précité prévoit le maintien des contrats de travail conclus antérieurement à un changement dans la situation juridique de l'entreprise employeur⁸⁰⁵. Nonobstant que cet article n'évoque pas expressément la transformation de la société, la doctrine et la jurisprudence estiment que la généralité des termes « toute modification » employés dans le texte peut inclure cette opération, d'autant plus que les pratiques dont il fait mention ne sont pas limitatives⁸⁰⁶.

Il convient dès lors d'aborder cette applicabilité au sein du groupe de sociétés, c'est-à-dire sur la société-filiale et la société-mère, lorsqu'elles subissent une transformation.

I- La transformation de la société filiale

438. La transformation de société est une pratique connue dans les Codes de commerce français et libyen, régie par des règles générales, applicables à toute société que ce soit en groupe ou non. Néanmoins, l'organisation de la protection offerte aux créanciers de la société transformée ne semble pas identique dans les deux Codes. Selon l'article 293 du Code de commerce libyen « sauf accord tacite des créanciers, la transformation d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple en société à responsabilité limitée, commandite par actions ou anonyme, ne dispense pas leurs associés, dont la responsabilité est illimitée, des obligations antérieures à l'immatriculation de la décision de transformation dans le registre du commerce. L'agrément des créanciers est néanmoins présumé s'ils n'ont pas contesté expressément la mutation dans un délai de trente jours, daté

⁸⁰⁴ Cf. infra, n° 700.

⁸⁰⁵ C. Pizzio-Delaporte, *Droit du travail*, Yuibert, janvier 2011, n°644, p.310. Il écrit pour expliciter ce texte « Le principe est le suivant : le changement d'employeur, pour quelque motif que ce soit (en raison de l'adverbe notamment), ne doit pas avoir pour conséquence directe la perte des emplois des salariés concernés par le transfert. Les droits des salariés doivent ainsi être maintenus ».

⁸⁰⁶ Voir M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°435, p.241 ; CA. Angers, ch., soc., le 10 nov. 2009, n°08/02505 : « La liste de situations ainsi fixées n'est en rien exhaustive et il est considéré qu'il y a maintien des contrats de travail en cours chaque fois qu'il y a continuité de la même entreprise ».

de leur avertissement écrit ».

Au vu de ce texte, on signale que la transformation d'une société à risque illimité en société à risque limité est inopposable à l'encontre des créanciers qui ne l'acceptent pas expressément. Les associés demeurent dès lors responsables des dettes sociales antérieures à cette opération. Mais le législateur du droit du travail – ayant constaté que cette protection est bien fragile, car conditionnée par l'opposition à la décision de transformation dans un délai de trente jours à dater de l'immatriculation de cette décision au registre de commerce – a introduit au Code du travail l'article 49 qui a offert aux salariés une protection particulière en cas de changement dans la situation juridique de l'employeur. Aux termes de cet article « la modification dans la situation juridique de l'employeur qui implique pour lui une dissolution, une liquidation, une faillite, une fusion, une absorption, une vente ou une transformation, ne peut interdire l'exécution des obligations prévues dans cette loi. Excepté les cas de la dissolution, la faillite et la fermeture définitive l'employeur, les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le salarié. L'ancien employeur demeure, un an à dater de la modification, responsable en solidarité avec le nouvel pour l'exécution des obligations résultant de ces contrats ».

En application de cette disposition au groupe de sociétés, la transformation d'une filiale à risque illimité en société à risque limité s'opère sans aucune incidence pour les droits de ses salariés face à la société-mère. Certes cette dernière n'est pas leur co-employeur, étant devenue après la transformation de sa filiale leur ancien employeur, mais elle reste néanmoins obligée, car le premier alinéa de cet article interdit toute atteinte aux droits des salariés.

439. S'agissant cependant de la situation en droit français, la transformation de société doit être publiée par l'insertion dans un journal d'annonces légales, l'immatriculation dans le registre de commerce et des sociétés, et l'insertion au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. Elle prend effet à compter du jour où elle est décidée, mais ne devient opposable aux tiers (créanciers) qu'après l'achèvement des opérations de publicité⁸⁰⁷. Cette règle n'intéresse d'ailleurs que les contrats conclus *a posteriori*. Il en résulte qu'en cas d'adoption d'une forme juridique dans laquelle la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports, les associés restent tenus solidairement et

807 G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *op. cit.*, n°1138, p.119.

indéfiniment de toutes les dettes contractées par la société avant sa transformation⁸⁰⁸. Comme J-P Legros et M. Germain l'ont remarqué « la transformation ne saurait être un moyen de limiter les engagements découlant des dettes sociales d'ores et déjà existantes. Elle ne peut préjudicier aux droits des tiers ».

Cette règle a d'ailleurs été reprise par l'article L. 1224-1 du Code du travail qui prévoit la transmission et le maintien automatique des contrats de travail conclus au préalable d'un changement dans la situation juridique de l'entreprise employeur. Les salariés d'une filiale à risque illimité transformée en société à risque limité garderont ainsi leur droit de recours contre la société mère, acquis antérieurement à la transformation. Ils conservent également l'applicabilité des conventions et des accords collectifs de travail dans la nouvelle structure filiale, sauf accord, dit "de substitution", conclu au cours de cette période (C. trav. art. L. 2261-9).⁸⁰⁹. Selon la Cour de cassation⁸¹⁰ « une convention collective ne peut cesser de produire effet qu'à la suite d'une dénonciation ou d'une mise en cause ; un employeur ne peut décider unilatéralement de ne plus appliquer une convention collective à laquelle son entreprise est soumise ».

440. Par ailleurs, malgré le maintien des contrats de travail et conventions collectives, il est possible que la transformation de la filiale emporte certaines modifications dans l'activité sociale, telle le cas pour la transformation d'une société civile en société commerciale avec changement de nature de l'activité⁸¹¹. Ceci nécessite par conséquent de modifier ou de suspendre ces contrats et conventions. La question se posait en l'occurrence de savoir si les salariés peuvent réclamer le maintien de leur contrat et de leurs droits prévus dans ces conventions collectives. En règle générale, la transformation ne doit pas modifier, même d'une manière partielle, la forme initiale de l'activité filiale, dans le cas contraire l'article L. 1224-1 du Code du travail n'est plus applicable. La convention collective perdure donc dans la mesure de sa compatibilité avec la nouvelle activité, ce qui n'est pas très protecteur pour les salariés. C'est d'ailleurs à l'occasion d'une cession d'entreprise que la Cour de cassation avait considéré l'article L. 1224-1 du Code du travail comme inapplicable si elle s'ensuit d'un changement d'activité sociale⁸¹². Cette solution paraît transposable dans le cadre de la transformation d'une filiale avec modification de son

808 *Mémento*, *op. cit.*, n°4100, p.274.

809 M. Cozian *et alter*, *op.cit.*, 435, p.241 ; C. Pizzio-Delaporte, *op. cit.*, 684, p.312 : « les droits collectifs des salariés perdurent dans la limite de leur compatibilité avec ceux existants chez le nouvel employeur ».

810 Cass. soc. 12 nov. 2001, Bull. civ. V, n°344 ; D. 2001. IR 3585 ; RJS 2002.62, n°60.

811 A. Constantin, *Droit des sociétés, Droit commun et droit spécial des sociétés*, éd Dalloz 2004, p. 92.

812 Cass. soc., 12 déc. 1990, Bull civ. V, n°654 ; Cass. soc., 31 mai 1994, n°93-40.887.

activité. La convention ou l'accord collectif ne serait plus opportun pour s'appliquer à la filiale dans sa nouvelle forme : un accord collectif adapté à l'activité d'une filiale civile transformée en filiale commerciale.

441. S'agissant cependant des contrats de travail antérieurs à la transformation, ils sont maintenus de plein droit (C. trav. Art. L. 1224-1). Leurs titulaires n'ont pas à être lésés par la transformation ; *a contrario*, ils peuvent se retourner contre la filiale pour licenciement sans juste motif.

En outre, si certains salariés disposent à côté de leur contrat de travail d'un mandat de représentation du personnel ou d'un mandat social dans la filiale transformée, celui-ci perdure jusqu'à son terme tant que la transformation ne produit pas la disparition de son objet. Lorsqu'il s'agit ainsi d'une filiale anonyme qui se transforme en SARL ou en commandite simple ou en nom collectif, les représentants de son comité d'entreprise au sein du conseil d'administration perdent *ipso facto* leur «strapontin» du seul fait de la disparition du conseil d'administration.

II- La transformation de la société mère

442. La transformation soulève une difficulté majeure lorsqu'il s'agit d'une société mère à risque illimité (SNC, SC, SCS), transformée en société à risque limité (SA, SAS, SARL). On se demande le cas échéant si cette opération peut empêcher les salariés d'une filiale ayant la même forme de se retourner contre les associés de la société mère. La question n'a pas lieu de se poser avant la transformation, car les associés ne sont pas à l'abri des poursuites des salariés. En effet, la transparence de la SNC permet de faire remonter ses déficits jusqu'aux associés de la société mère ayant la même forme. Cependant, après la transformation de cette dernière en société à risque limité, ses associés ne deviennent responsables qu'à concurrence de leurs participations. Cela implique ainsi de se demander si les salariés de la filiale dont le contrat est antérieur à la transformation peuvent se retourner contre les associés de la société mère mutée en société à risque limité.

D'après le texte libyen, la transformation de la société ne dispense pas les associés dont la responsabilité est illimitée des dettes antérieures à son immatriculation dans le registre de commerce. Ce texte fait mention des créanciers sans tenir compte de leurs rapports directs ou indirects avec la société. Il n'est pas impossible à notre avis que les salariés d'une filiale à risque illimité puissent se renvoyer contre les associés de la société-mère ayant la même forme. Par conséquent, la transformation de cette dernière en société à

risque limité peut être contestée par ces salariés dans le délai prévu à l'article 638 du Code de commerce. Cette conclusion semble transposable en droit français sans contradiction.

Sous-section III : Les droits des salariés en cas de fusion de la filiale ou de sa mère

443. La fusion de sociétés traduit une opération de restructuration, couramment adoptée dans les groupes de sociétés. Elle vise l'économie d'échelle ou la simplification de l'organigramme des groupes. Par exemple une société mère absorbe certaines filiales, une filiale en absorbe d'autres, certaines filiales fusionnent entre elles pour donner naissance à une nouvelle filiale. Comme le laissent entrevoir *M. Cozian* et ses coauteurs, cette opération est tantôt exigée pour la modification de l'agencement des filiales et sous-filiales de façon plus cohérente (passage d'une architecture pyramidale à une architecture en peigne⁸¹³), tantôt pour la concentration des capitaux et la minoration de la taille du groupe en vue d'assurer la capacité de concurrence et la fidélité des clients et des fournisseurs, tantôt pour la limitation de l'effectif du groupe afin de décharger le trop-plein⁸¹⁴.

La fusion prend en pratique deux formes essentielles : fusion-absorption et fusion par la création d'une nouvelle société. Dans le premier cas, la société absorbée disparaît et la société absorbante s'enrichit de sa valeur⁸¹⁵, et dans le second, la société absorbée s'unit avec une autre société pour en faire naître une troisième⁸¹⁶.

444. L'opération de fusion entraîne selon l'article L.236-1 du Code de commerce

813 Voir *M. Cozian et alter, op.cit., n°1357, p. 608.*

814 Une définition de la fusion a été donnée par l'article 3 de la troisième directive (*Troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes*). Aux termes de cet article : « au sens de la présente directive, est considérée comme fusion par absorption l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, par suite d'une dissolution, l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux actionnaires de la ou des sociétés absorbées d'actions dans la société absorbante, et éventuellement d'une seule en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de la valeur nominale, de leur pair comptable ».

815 À la différence de la cession et de la transformation, la fusion porte un risque majeur sur la société fusionnée qui se trouve dissoute et assimilée sans liquidation dans le patrimoine d'une autre société, faisant ensemble une seule et même personne morale. L'article L. 236-3,1 du Code de commerce français dispose que la fusion et la scission entraînent la dissolution sans liquidation des sociétés. Voir pour la distinction entre la fusion et d'autres opérations voisines : *P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n°1605, p.1025* : « La fusion diffère de la cession de contrôle. La société absorbante n'acquiert pas les actions de l'absorbée : ces actions disparaissent avec la société absorbée. En revanche, la société dont le contrôle est cédé continue d'exister avec une majorité nouvelle (...). La fusion est en outre distincte de la transformation : aucune personne morale ne disparaît lors d'une transformation. Mais il existe une certaine continuité entre la société absorbée et la société absorbante ».

816 Voir : *C. sup. libyenne, Ch. civ. 12 déc. 1983, n°31/28, p117* : « la fusion entraîne la dissolution de la société absorbée, et ainsi l'entrée de ses biens, actifs et passifs, dans le patrimoine de la société absorbante. Il s'ensuit selon la jurisprudence constante de cette cour que la société absorbante détient seule le droit de saisir la juridiction, à l'exclusion de la société absorbée dont la personnalité juridique a disparue ».

français⁸¹⁷ (C. Com. lib. art. 299) la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante ou à une nouvelle, laquelle laisse place au transfert automatique de l'ensemble des contrats de travail⁸¹⁸. Cette règle du Code de commerce a été reprise par les Codes du travail français et libyen qui ont instauré le maintien des contrats de travail en cas de changement dans la situation juridique de l'employeur, mentionnant plusieurs cas dont la fusion (C. trav. fr. art. 1224-1/ C. trav. lib. art. 49). Relevant d'ordre public, cette règle s'impose au salarié comme à la société absorbante qui devient la seule et unique responsable de toutes les obligations de celle absorbée⁸¹⁹. Cette société n'a pas la qualité de tiers à l'égard des salariés employés par la société absorbée, qui conservent tous les avantages découlant de leur contrat⁸²⁰.

445. Par ailleurs, même si la transmission des contrats de travail s'opère de plein droit, il importe de savoir si les salariés de la filiale peuvent s'opposer à l'opération de fusion qui débouche sur un changement de leur employeur⁸²¹. Comme un auteur⁸²² le décrit, la transmission universelle du patrimoine peut se heurter au caractère *intuitu personae* des contrats. Les contrats conclus *intuitu personae* « sont, en effet, par nature intransmissibles puisque les parties ont décidé de s'engager en considération de la personne de leur cocontractant et que la disparition de celui-ci fait tomber le contrat⁸²³ ».

En droit des contrats, le changement de l'une des parties suppose le consentement de l'autre lorsque l'on est en présence de contrats marqués par une forte prise en considération

817 Aux termes de cet article « Une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent »

818 M. Dubertret, *L'intuitus personae dans les fusions*, Rev. soc. 2006, p.721 : « Cette règle empruntée par le droit des sociétés au droit des successions dispose que la société absorbante, telle les héritiers du de cujus, poursuit la personne de la société absorbée et recueille l'intégralité de son patrimoine sans qu'il y ait lieu de procéder à un règlement préalable du passif comme en matière de liquidation ». Voir aussi : Cass. crim. 20 juin 2000, note sous cet arrêt, I. Urbain-Parleani, *La responsabilité de personne morale à l'épreuve des fusions*, Rev. Soc. 2001 : « Encourt la cassation l'arrêt qui a retenu la responsabilité pénale d'une société absorbante au motif que la société absorbée quoique radiée du registre du commerce à la suite de la fusion-absorption n'a pas été liquidée et n'a pas disparu, la société absorbante s'étant substituée à elle avec transmission universelle de ses droits et obligations alors que l'absorption avait fait perdre son existence juridique à la société absorbée et que nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

819 Voir Ph. Derouin, *Les fusions triangulaires de sociétés* : Bull. Joly. 2008, p.1016 : « La définition de la fusion que comportent la loi et les directives communautaires s'en ressent encore et mêle les éléments essentiels de la fusion que sont la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbant et la disparition de la société absorbée... ».

820 Cass. com. 16 janv. 1990. Bull. civ. v. n°11 : « c'est par le seul effet de la loi que les contrats de travail subsistent et cette transmission s'impose aux salariés comme à l'employeur ».

821 P. Le Canu, *Sociétés cotées, franchissement de seuils, fusion, action de concert*, Bull. Joly, juin 2008, n°6, p.492.

822 M. Dubertret, *L'intuitus personae dans les fusions*, Rev. Soc. 2006 p.721.

⁸²³ *Idem*, p. 721.

de la personne du cocontractant⁸²⁴. Ce principe a été accueilli par le Code de commerce libyen dont l'article 302 procure aux créanciers des sociétés constituant la fusion le droit de contester celle-ci dans un délai de trente jours daté de son immatriculation au registre du commerce. Etant créanciers, les salariés de la filiale jouissent de leur droit de s'opposer à la fusion qui menace l'existence de leur employeur. Le tribunal d'instance dispose selon ce texte d'un large pouvoir d'appréciation pour annuler la fusion ou l'approuver malgré l'opposition.

De même, le traitement de cette question est similaire en droit français. L'article L. 236-14 du Code de commerce, après avoir affirmé la responsabilité de la société absorbante vis-à-vis des créanciers non obligataires de la société absorbée, énonce que «les créanciers non obligataires des sociétés participant à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion peuvent former opposition à celui-ci dans le délai fixé par décret en Conseil d'État. Une décision de justice rejette l'opposition, ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société absorbante en offre et si elles sont jugées suffisantes».

446. Ayant la qualité de créanciers, les salariés d'une filiale absorbée peuvent s'opposer auprès de la juridiction au projet de fusion. Le tribunal compétent dispose ainsi du pouvoir de rejeter l'opposition ou de l'accueillir, en décidant soit la constitution d'une garantie soit le remboursement des créances.

Cependant, ce pouvoir n'a plus à s'exercer si le contrat conclu par l'absorbée prévoit expressément que les droits et obligations dévolus ne sont pas cessibles ou transférables sans accord préalable du cocontractant⁸²⁵. La Cour de cassation française déclare qu'« aux termes de l'article L. 236-14 du Code de commerce, la société absorbante devient débitrice des créanciers de la société absorbée, sans que cette substitution emporte novation à leur égard ; que seule une stipulation expresse peut faire échec à la transmission au profit de la société absorbante des droits et obligations découlant des conventions conclues par la société absorbée⁸²⁶ ».

824 J-P Garçon, *La transmission du contrat de franc Joly*. 2008, p.905. *hisse par fusion-absorption ou par l'effet d'un apport partiel d'actif impose l'accord du franchisé*, Bull.

825 Voir dans le même sens : G. Ripert, R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *op. cit.*, n°1975, p.683 : «On s'interroge en revanche sur la transmission de contrats conclus intuitu personae. La jurisprudence paraît décider qu'ils ne se transmettent pas à la société absorbée. Il est naturellement possible d'exclure à l'avance la transmission de certains contrats» ; J-L. Navarro, *Mémento de la jurisprudence Droit des sociétés*, vol 2 : *Le juge et la société*, 2011, Hachette supérieur, pp. 133 à 145

826 Cass. com. 13 déc. 2005, n°3-16.808. Bull. 2005 IV. N°255, p. 283.

447. Enfin, il résulte de l'article L.2323-19 du Code du travail⁸²⁷ que la filiale absorbée, mais aussi la société absorbante, doivent informer les représentants du personnel des motifs de l'opération, de ses conséquences juridiques, économiques et sociales, et des mesures engagées à l'égard des travailleurs. L'information du comité d'entreprise de chacune des sociétés concernées doit porter sur les motifs de l'opération, ses modalités financières, ainsi que sur les mesures envisagées à l'égard des salariés. Il y a également lieu de consulter le comité de la filiale absorbée et de la société absorbante. Cette consultation est obligatoire même si aucun licenciement n'était envisagé. La consultation doit être effectuée suffisamment à l'avance, afin que le comité d'entreprise des deux sociétés dispose d'un délai d'examen suffisant pour examiner le projet. Les deux sociétés, absorbée et absorbante, doivent fournir au comité d'entreprise des informations précises et écrites sur les modifications projetées, lesquelles lui sont communiquées suffisamment à l'avance.

L'absence d'information et le fait que des documents n'ont été remis au comité d'entreprise que sous la contrainte d'une assignation caractérisent un comportement déloyal de l'entreprise. La déloyauté de la filiale absorbée et de la société absorbante vicie l'intégralité de la procédure d'information-consultation et le fait que des informations parcellaires aient été apportées par la suite ne sauraient remédier à ce défaut originel. En conséquence, le juge fait droit aux demandes du comité d'entreprise de dire que les procédures d'information-consultation sur le projet de restructuration et sur le projet de licenciement collectif pour motif économique qui en résulte ne sont pas valablement mises en œuvre. Le cas échéant, la société défaillante à son obligation doit reprendre une procédure d'information-consultation régulière. L'absence de consultation régulière constitue une atteinte aux prérogatives du comité d'entreprise qui lui cause nécessairement un préjudice donnant droit à une réparation⁸²⁸.

⁸²⁷ Aux termes de cet article « *Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce. L'employeur indique les motifs des modifications projetées et consulte le comité d'entreprise sur les mesures envisagées à l'égard des salariés lorsque ces modifications comportent des conséquences pour ceux-ci. Il consulte également le comité d'entreprise lorsqu'il prend une participation dans une société et l'informe d'une prise de participation dont son entreprise est l'objet lorsqu'il en a connaissance* ».

⁸²⁸ Voir en ce sens, Tribunal de Grande Instance de Lyon, Chambre des Urgences, n° DE R.G. : n° 10/11935, 19 oct. 2010.

Conclusion du chapitre

448. On constate dès lors que l'appartenance de l'employeur à un groupe de sociétés n'implique pas de façon certaine un traitement particulier des conditions prévues pour le licenciement économique. La filiale employeur doit s'assurer de l'existence d'un motif économique réel et sérieux, et de l'absence de toute possibilité de reclassement du salarié licencié, ni dans son sein ni au sein des sociétés de son groupe. Elle doit également faire preuve de son respect de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise, et de sa communication à l'administration du travail et au juge prud'homal tous les documents nécessaires à l'examen de la régularité du licenciement. La difficulté réside néanmoins dans ces deux objets essentiels, à savoir l'encadrement juridique du groupe d'entreprises et la mise en œuvre de l'obligation de reclassement afférente à une société membre du groupe non employeur.

En substance, il serait bon d'introduire deux textes législatifs : un texte définissant le groupe de sociétés (ou renvoyant sa définition à un texte existant), et un autre imposant à chaque société membre l'obligation de révéler ses possibilités de reclassement des salariés licenciés dans une société mère ou sœur. En effet, il apparaît difficile, sans l'établissement de cette obligation, d'imposer le reclassement, car la filiale employeur ne dispose pas de moyens légaux.

Conclusion de la partie I :

449. L'étude de la première partie nous a permis de constater que les créanciers internes des sociétés membres du groupe jouissent d'une protection non négligeable face à la société mère. En effet, en dépit de l'absence de réglementation particulière aux groupes, le législateur français, et la jurisprudence pour une grande partie, ne cessent d'apporter des retouches amélioratives en faveur des associés minoritaires et du personnel des sociétés filiales. Ainsi, des modifications importantes ont été introduites aux règles régissant les différentes formes de conventions (réglementées, interdites, et libres), lesquelles ont suffisamment harmonisé deux exigences contradictoires : d'un côté la protection de l'intérêt des filiales et celle de leurs associés minoritaires ; et de l'autre, la nécessité de procurer à la société mère du groupe une certaine marge d'action pour mettre en place une stratégie commune fondée sur une complémentarité d'activités des sociétés liées. Les actes conclus entre la société filiale et les autres sociétés de son groupe sont en principe soumis aux mêmes règles régissant les conventions réglementées ou celles interdites.

Des évolutions importantes ont cependant favorisé sensiblement l'intérêt commun du groupe au détriment de celui afférent aux sociétés membres. D'une part, l'article L. 511-7 (3°) du Code monétaire et financier vient ajouter une dérogation au monopole de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier qui interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banques à titre habituel. Par le biais de cette modification, la société mère du groupe est en mesure de procéder à des opérations de trésorerie avec ses filiales directes ou indirectes, de la même manière que les filiales peuvent procéder à telles opérations entre elles. De même, dans l'appréciation des conventions dites libres, conclues entre la filiale et d'autres sociétés de son groupe, la jurisprudence montre une forte tolérance en faveur de la particularité du groupe. Les critères objectifs de l'opération courante et des conditions normales ont été adoucis en la matière pour faciliter les relations financière et techniques entre sociétés membres d'un même groupe.

De plus, la personnalité morale indépendante des sociétés membres du groupe participe efficacement à la protection de leurs associés minoritaires. Ces derniers sont en effet classés sous le même régime de protection applicable aux associés des sociétés isolées. Le fait que leur société soit membre d'un groupe n'est en soi de nature à mettre en jeu leurs droits à l'égard de cette dernière. De même, l'indépendance juridique des sociétés filiales assure à ces dernières une autonomie administrative et de gestion à l'égard de leur mère. Celle-ci ne peut s'ingérer dans les affaires particulières de ses filiales sans avoir la qualité de dirigeant. Même avec cette qualité, elle reste soumise dans l'exercice de ses pouvoirs aux mêmes dispositions régissant les organes des sociétés non-affiliées d'un groupe. Le groupe de société ne lui permet pas d'empiéter sur les prérogatives dévolues aux autres organes.

450. En outre, l'évolution jurisprudentielle relative au droit des groupes témoigne également de singularités dans le domaine du droit du travail. Deux notions fondamentales ont été adoptées en la matière : la notion d'unité économique du groupe et la notion de coemployeur. Dès les années 1970, la Cour de cassation a estimé que les sociétés affiliées d'un groupe, ayant une même direction et présentant une communauté d'intérêts, pouvaient être regardées comme « une unité économique et sociale », assimilable à une entreprise pour l'application de la législation relative à la représentation du personnel et à la représentation syndicale. Cette création jurisprudentielle a été consacrée par la loi du 28 octobre 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel. De

même, la jurisprudence s'est également attachée depuis longtemps à l'emploi de la théorie de l'employeur conjoint, considérant la société mère comme coemployeur des salariés de sa filiale. La mise en œuvre de cette théorie permet alors d'appréhender le groupe de sociétés dans sa dimension globale en «gommant» en quelque sorte la pluralité des personnes morales qui le composent.

Partie II :

La protection des créanciers externes de la société-filiale

451. Les principes de base du droit des sociétés restent constants : chaque société membre du groupe dispose d'une personnalité autonome, et conséquemment, d'un patrimoine distinct qui ne répond que de ses dettes personnelles. Le seul fait qu'une société jouisse seule ou avec d'autres d'une position dominante, qui lui assure le contrôle sur une autre société, n'est pas en soi suffisant pour engager sa responsabilité⁸²⁹. L'existence de liens contractuels et financiers entre les différentes sociétés n'engendre pas l'extension de la procédure collective de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire au niveau du groupe⁸³⁰. Il s'ensuit que les créanciers de la société filiale n'ont pas vocation à s'adresser à la société mère ou à une autre société du groupe ne remplissant pas les conditions prévues pour l'ouverture de cette procédure.

Ces principes juridiques, conformes aux dogmes traditionnels du droit des sociétés, s'avèrent quelque peu en décalage avec la réalité économique du groupe⁸³¹. En effet, et comme nous l'avons observé, les sociétés affiliées d'un groupe tendent souvent à combiner deux objectifs contradictoires : conserver leurs personnalités morales (et par voie de conséquence leur patrimoine, intérêts et organes sociaux) et être placées sous une direction économique centrale, contrôlant la prise de décision et distribuant aux différentes filiales des rôles opérationnels⁸³². Autrement dit, elles entendent que leurs frontières soient solides afin que chacune ne soit pas responsable au-delà de ses actes personnels, tout autant que d'autres sociétés agissent pour l'ensemble du groupe⁸³³. Cette antinomie semble d'ailleurs

⁸²⁹ Voir en ce sens, G. Jazottes et M. Sénéchal, *L'ouverture d'une faillite européenne*, rev. proc. Coll. Avr.-mai-juin 2008, dossier 4, p.90 et s., spéc, n°15, p.92 et s ; A. Mairot, thèse préc., n°320, p.230 : « la filiale ne pouvant être considérée comme un établissement de la société mère, il n'est en principe pas possible d'ouvrir une procédure principale visant la société mère pour prétendre ensuite ouvrir des procédures secondaires pour chaque filiale. La filiale, juridiquement autonome, ne peut pas être considérée comme étant un établissement de la société mère... ».

⁸³⁰ En ce sens J-P. Legros (obs. sous Cass. ch. com., 3 juill. 2012, n° ,11-18.026, FS-P+B, Sté Sodimédical c/ Vaugeois ; JurisData n° 2012-015231) affirme que « l'appartenance de la société à un groupe - même prospère - n'a aucune incidence sur l'appréciation des conditions d'ouverture d'une procédure collective en général, sauvegarde ou autre. Le raisonnement est purement juridique : seule compte l'indépendance théorique entre les personnes morales membres du groupe. La dépendance économique relevée par les juges d'appel n'a pas d'influence ».

⁸³¹ V. A. Mairot, op. cit., n°320, p. 230.

⁸³² Dans ce sens C. Champaud « Groupe de sociétés. ISF. Notion de holding animatrice. RTD Com. 2007 p. 390 » signale : « tout l'art du management d'un groupe consiste, en effet, à instaurer un équilibre entre le respect de l'autonomie des filiales, qui procède du principe fondamental de la personnalité morale des sociétés qui composent le groupe, et le maintien de l'unité d'action économique qui est la raison d'être de ce groupe ».

⁸³³ Voir en même sens : H. Issa, *Les sociétés multinationales*, préc., p.216 et s : « la stratégie globale, voire mondiale, du groupe de sociétés, fondée sur l'intérêt personnel de la société mère, lèse, non seulement les associés minoritaires et salariés des sociétés filiales, mais également les créanciers de celles-ci. Les risques émanent en effet de l'enchevêtrement des intérêts et de la confusion des patrimoines des sociétés regroupées, lesquels entraînent des flux financiers entre ces sociétés. Une telle stratégie implique parfois de déconsidérer les intérêts propres des créanciers des filiales dont le gage se limite au patrimoine de celles-ci, au profit de

renforcée par la jurisprudence française au vu de l'émergence du concept «d'intérêt de groupe» à propos surtout des sanctions pénales du délit d'abus de biens sociaux. La société mère tend en effet à employer la trésorerie de ses filiales à des finalités particulières ou relatives à certaines filiales en difficulté.

Cette contradiction entre l'intérêt particulier des sociétés filiales et l'intérêt commun du groupe pose un problème majeur pour les créanciers de ces dernières. Comme *B. Grimonprez*⁸³⁴ l'a écrit, « en présence d'une société économiquement dépendante, il est à craindre que ses intérêts soient sacrifiés au profit de ceux du groupe auquel elle appartient. Or l'intérêt du groupe, non compensé par des obligations pesant sur la tête de la société mère, déplace les risques de l'activité vers les créanciers de la filiale ». *C. Champaud* a également écrit en ce sens : « puisque l'intérêt collectif du groupe prévaut sur l'intérêt particulier de chaque société, il peut sembler inéquitable de maintenir un cloisonnement patrimonial dont les effets ne se font sentir que dans un seul sens, dans le sens défavorable à ceux que le législateur protège généralement⁸³⁵ ».

Par souci de protéger l'intérêt des créanciers des sociétés filiales, la jurisprudence – et récemment le législateur – reconnaissent à ces derniers un droit de recours à l'encontre de la société mère, fondé sur deux motifs essentiels : l'inobservation par cette société de la personnalité morale de la filiale (1er titre), et la faute personnelle de la société mère (2ème titre).

celui du groupe ».

⁸³⁴ *B. Grimonprez, Pour une responsabilité des sociétés mère du fait de leurs filiales, op. cit., p.715.*

⁸³⁵ *C. Champaud, Groupe de sociétés, op. cit., p. 390 ; voir aussi, K-G. Weil, Responsabilité de la société-mère vis-à-vis d'une SARL filiale, Rev., soc. 1993, p.767.*

Titre I : La protection des créanciers de la filiale contre le non-respect de sa personnalité morale

452. Le groupe de sociétés ne dispose, par définition, d'aucune personnalité juridique propre et autonome, celle-ci étant attribuée à chacune des sociétés membres. Mais comme ces dernières sont liées autour d'une stratégie et d'un intérêt commun, le cloisonnement juridique tend à s'amenuiser⁸³⁶. Les filiales ne disposent en effet de leur raison d'être qu'en fonction de cet intérêt et de la stratégie définie par la société mère. Il en résulte ainsi que leurs dirigeants se trouvent en contact constant avec le directeur général de la société mère, obligés de s'en tenir à ses directives, même si celles-ci s'écartent parfois de l'intérêt étroit de leur société. Autrement dit, le fait que les sociétés filiales appartiennent à une grande entreprise ne se concrétise pas seulement dans la stratégie et l'intérêt commun du groupe, mais aussi dans le ressenti de leurs dirigeants.

C'est pour cette raison que les tribunaux en France s'appliquent depuis longtemps⁸³⁷ à écarter la personnalité morale des sociétés membres du groupe lorsqu'ils constatent que ces dernières ne sont en réalité que des paravents, « un écran de fumée », visant à protéger l'activité d'une même entreprise souvent segmentée de façon artificielle⁸³⁸. Ils ont instauré en la matière la théorie de la fictivité comme cause d'extension de la procédure collective de la filiale à ses dirigeants ou à d'autres sociétés de son groupe. La juridiction française tend également à remettre en cause l'autonomie patrimoniale de la filiale lorsqu'elle constate l'existence d'une confusion de patrimoine entre cette dernière et ses dirigeants ou d'autres sociétés affiliées de son groupe⁸³⁹. La Cour de cassation ne cesse en effet

⁸³⁶ Le même sens : T. Gautier, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., n°733, p.456.

⁸³⁷ Voir à titre d'exemple : Cass. com. 19 juin 1927. Dans cette affaire, la Cour de cassation approuva la Cour d'appel de Nîmes qui étendit la procédure collective ouverte à l'encontre d'une filiale à la mère de celle-ci. Elle constata que les deux sociétés avaient le même centre d'administration, la même ligne téléphonique, la même signature et les mêmes branches d'activité à tel point que leur créanciers n'avaient nullement pu distinguer le patrimoine afférent à chacune d'entre elles. Voir cet arrêt, H. Issa, *Les sociétés multinationales*, op. cit., p.200. Voir aussi : J-J Daigre, *Entreprise en difficulté, redressement judiciaire (personnes morales et dirigeants)*, répertoire de droit des sociétés, déc. 1996 «La jurisprudence antérieure à 1967 admettait aussi que deux ou plusieurs sociétés pouvaient être mises ensemble en faillite ou en règlement judiciaire si, constituées entre les mêmes associés, ayant les mêmes dirigeants, leurs patrimoines actifs et passifs étaient confondus, leurs activités imbriquées et si elles ne formaient qu'une entreprise unique (Cass. req. 13 mai 1929, DP 1930.1.128, note A.C.S., S. 1929. L. 289, note Rousseau; Cass. com. 23 févr. 1954, RTD com. 1954.394; 29 oct. 1957, Bull. civ. III, n°286, RTD com. 1958.156; 10 et 11 mai 1960, Bull. Civ. III, n° 166 et 175, RTD com.1961.141, obs. A. Houin; 26 juin 1968, Bull. Civ. IV, n°209, RTD com. 1968.1142 ; contra : pour une société civile immobilière constituée cinq ans après la mise en faillite d'une autre société et sans fraude ni confusion de patrimoines, CA Paris, 27 janv. 1969, D. 1969.318, RTD com. 1969.561).

⁸³⁸ T. Gautier, op. cit., n°735, p458.

⁸³⁹ Voir H. Issa, *Les sociétés multinationales*, op. cit., p. 216 et s.

d'affirmer que « la liquidation judiciaire d'une personne morale ne peut être étendue à une autre qu'en cas de confusion de leur patrimoine ou de fictivité de l'une d'entre elles ⁸⁴⁰ ».

453. On peut se demander le cas échéant si la confusion de patrimoine et la fictivité constituent ou non des sources différentes de l'extension de procédure collective. L'interrogation porte sur l'identité des effets produits sur la personnalité morale de chacune des sociétés concernées. La fictivité porte ses effets en direct sur la personnalité morale de la société, mettant en cause son existence juridique. Elle implique, comme le constate *J-P Legros*, de « lever le voile de la personnalité juridique et de mettre à jour l'unité du patrimoine, véritable maître de l'affaire (...). Elle suppose l'utilisation de la personnalité morale comme simple écran destiné à cacher à des fins habituellement frauduleuses, la maîtrise réelle d'une affaire ⁸⁴¹ ». De sa part, la confusion de patrimoine entraîne la disparition d'un attribut essentiel de la personne morale, mais sans pour autant remettre en cause l'existence juridique de celle-ci ⁸⁴². Selon *F. Reille*, l'unicité ou la pluralité de ces deux notions doit dépendre de la signification donnée au mot «patrimoine». Ainsi si l'on envisage ce terme d'une manière abstraite, c'est-à-dire comme « l'aptitude de toute personne à acquérir des droits et des obligations », la confusion sera liée à la personnalité morale et sa notion devrait être assimilée à la fictivité. En revanche, selon la signification concrète qui attribue le mot «patrimoine», à tout « ensemble des actifs et des passifs attaché à une personne à un moment donné », la notion de confusion ne correspond qu'à un mélange matériel d'éléments patrimoniaux qui laisse intacte la pluralité de personnalité ⁸⁴³.

De son côté, la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt rendu le 30 juin 2009 que l'extension de procédure n'avait pas pour effet de faire disparaître la personnalité juridique de chacune des sociétés dont le patrimoine a été confondu. Le législateur français a récemment consacré les deux notions en matière de procédure collective. L'article 621-2 du Code de commerce (issu de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, article 15) dispose dans

⁸⁴⁰ Cass. com. 20 oct. 1992: Bull. civ. IV, n°314.

⁸⁴¹ *J-P Legros, Critère de la fictivité d'une société et appréciation de la conformité avec le droit communautaire., la semaine juridique Entreprise et Affaire., n°42, 17 oct. 2002, p.1510.*

⁸⁴² *CA Nouméa, ch. com. 11/00086 - 30 juill. 2012 : « en cas de confusion de patrimoine, les personnalités juridiques subsistent ».*

⁸⁴³ *F. Reille, La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives. Litec., Groupe LexisNexis, n°7, p.12. T. Gautier (op. cit., n°736, p. 459 et s) distingue, à juste titre, les deux hypothèses en fonction de l'intention et du comportement des associés et des dirigeants : la société fictive, « conçue comme une simulation, comme la création d'une fiction, ne repose sur aucune intention réelle de s'associer. Elle ne constitue qu'un instrument de dissimulation qui augure souvent d'une fraude. La confusion peut reposer sur des personnes morales non fictives. Les sociétés voient leurs patrimoines confondus, non en raison d'une recherche de dissimulation, mais en raison d'une utilisation abusive de patrimoine (sic) mis à la disposition des dirigeants et associés communs ».*

ce cadre que « A la demande de l'administrateur, du ministère public ou d'office, la procédure ouverte (à l'égard d'un débiteur personne morale) peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale ».

454. Dès lors, il convient d'aborder en deux points successifs : la protection des créanciers de la filiale en cas de confusion de patrimoine entre cette dernière et ses dirigeants ou d'autres sociétés de son groupe (1^{er} chapitre) ; et cette protection en cas de fictivité de la filiale (2^e chapitre).

Chapitre I : La protection des créanciers de la filiale en cas de confusion de patrimoine

455. La constitution d'un groupe vient bousculer le principe d'autonomie de la personnalité morale. Elle aboutit à une situation juridique anormale dans laquelle la société mère se voit en mesure d'imposer aux filiales ses propres choix, tant en matière juridique, qu'économique ou sociale⁸⁴⁴. Cette situation découle du fait que la volonté des sociétés membres d'un groupe s'exprime au travers d'un centre de décision effectif qui dispose d'un pouvoir économique et financier ramifié s'étendant au niveau du groupe en entier. Une politique commune tracée par ce centre, fondée sur une complémentarité d'activités, et guidée par une stratégie unique, implique que chacune des filiales soit restreinte dans ses propres initiatives⁸⁴⁵.

À l'égard de ces larges pouvoirs, il existe une approche globalisée des patrimoines des sociétés membres, visant la satisfaction des orientations de la direction centrale du groupe. Les dirigeants de ces sociétés se trouvent tentés d'utiliser le patrimoine social sans respecter le principe d'autonomie de la personnalité morale, considérant que l'ensemble des sociétés liées ne forme qu'un seul et même patrimoine. Le risque qu'encourent les créanciers des sociétés filiales provient dès lors de l'imbrication et de l'enchevêtrement des patrimoines de ces sociétés, susceptibles d'entraîner de massifs transferts d'actifs de l'une à l'autre selon l'intérêt commun du groupe, voire celui particulier de la société mère. Ces transferts s'opèrent alors que le gage des créanciers se limite au patrimoine de la société

⁸⁴⁴ B. Grelon, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, Rev., soc. 2006, p.281.

⁸⁴⁵ Voir dans le même sens Y. Reda, *Les aspects juridiques des sociétés multinationales*, op. cit., p. 499 : « la direction centrale de la société mère joue un rôle essentiel dans la vie des sociétés filiales, effaçant en quelque sorte la mission de leur conseil d'administration. Ce conseil se mue en effet en simple lien entre la société mère et le directeur général des filiales. Il lui transmet les instructions et les directives de cette société et contrôle leur exécution ».

filiale débitrice⁸⁴⁶.

456. De ce fait, les magistrats n'hésitent guère à sanctionner une telle attitude, en retenant la responsabilité des dirigeants du groupe. De plus, la société mère peut être, elle-même, tenue pour responsable en qualité d'associé majoritaire des filiales dont la confusion de patrimoine a été constatée. Mais il faut souligner que cette responsabilité n'est pas présumée du seul fait que les sociétés en cause font partie d'un même groupe. Elle nécessite l'existence de plusieurs conditions qui caractérisent l'état de confusion de patrimoine, dont la réunion entraîne différentes conséquences.

Il convient dès lors d'aborder dans un premier temps la notion de confusion de patrimoine (1^{er} section) et d'analyser ensuite les effets issus de cette confusion (2^e section)

Section I : La notion de confusion de patrimoine

457. Avant d'établir cette notion, il est à noter que la confusion de patrimoine en tant que concept juridique n'est pas propre au droit des procédures collectives mais intéresse également d'autres domaines juridiques. Elle recouvre en premier lieu le sens traditionnel qui lui est accordé en matière de succession : c'est un mécanisme qui produit une fusion automatique du patrimoine de la personne décédée avec celui de son héritier acceptant. Il en va également de même de la société dissoute dont les parts ou les actions sont réunies en une seule main. Son patrimoine sera confondu avec celui de l'associé unique. Selon l'article 1844-5 du Code civil, la transmission du patrimoine de la société s'opère sans qu'il y ait lieu à liquidation. Mais, dans ces hypothèses, la transmission totale des patrimoines implique la fusion de ceux-ci dans le patrimoine de l'héritier ou de l'associé unique. C'est un mélange entre deux patrimoines au sens abstrait du mot⁸⁴⁷.

De ce fait, la confusion de patrimoine peut être constatée entre « tous les groupements, y compris les sociétaires dans leurs rapports avec l'association dès lors que celle-ci appartient à la catégorie des personnes morales de droit privé⁸⁴⁸ ». Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a affirmé qu'une procédure de liquidation judiciaire d'une association d'accueil de familles en difficulté peut être étendue à ses fondateurs en raison

⁸⁴⁶ H. Issa, *Les sociétés multinationales*, op. cit., p. 216.

⁸⁴⁷ Ces formes de confusion paraissent différentes du cas de figure où il n'y a pas de transmission universelle d'un patrimoine à l'autre, mais un simple amalgame d'éléments patrimoniaux.

⁸⁴⁸ J-P. Legros, note sous cass. com. 5 avr. 2011, n°10-16.496.

de l'existence de flux financiers anormaux⁸⁴⁹.

458. Néanmoins, l'intérêt d'établir une notion précise pour la confusion de patrimoine est manifeste dans le cadre de groupes de sociétés où l'unité économique et gestionnaire mène souvent à cette confusion. L'absence d'encadrement juridique particulier à ce sujet soulève en pratique de grandes difficultés relatives à la notion de confusion de patrimoine ainsi qu'aux critères adoptés pour cerner cette notion. Certaines décisions judiciaires, considérant le groupe de sociétés comme formateur d'une seule et unique entreprise, ont ouvert une procédure unique à l'encontre de l'ensemble des sociétés membres. Selon cette jurisprudence, l'unité économique et gestionnaire constitue une source autonome de l'extension de procédure collective. Autrement dit, le déploiement économique du groupe doit atténuer le cloisonnement juridique qui résulte en principe de la personnalité morale de chacune des sociétés liées.

D'autres décisions jugent au contraire que cette unité ne permet pas de constater la confusion de patrimoine. Le fait de placer plusieurs filiales sous la direction de dirigeants communs ou la dépendance économique et administrative d'une seule société mère n'est pas, en soi, de nature à confondre l'actif et le passif à la charge des sociétés du groupe mises en liquidation judiciaire.

Aussi, convient-il de suivre ces tentatives jurisprudentielles afin d'établir une définition précise de la confusion de patrimoine, inclusive des éléments exigés pour cette notion.

Sous-section I : La définition de la confusion de patrimoine

459. Offrant aux créanciers de la filiale débitrice un gage supérieur, cette notion permet de rassembler plusieurs sociétés en une seule procédure collective, en considérant leur patrimoine comme un seul et unique. Elle implique que l'ensemble des actifs des sociétés concernées répond à l'ensemble de leurs passifs. Or, ce régime découle toujours d'une origine jurisprudentielle peu confortée par la loi⁸⁵⁰, et produit des effets préjudiciables sur des sociétés étrangères à la société débitrice. Comme l'a affirmé *F. Reille*⁸⁵¹, « parce que la définition permet d'affranchir un nombre significatif de règles propres aux procédures collectives, dont certaines s'appuient sur des théories générales aussi essentielles que celles

⁸⁴⁹ Cass. com., 5 avr. 2011, n° 10-16.496, *F-D, Perpina c/ Chatel-Louroz* : *JurisData* n° 2011-022352 ; *RJDA* 2011/7, n° 640, p. 599 ; *Gaz. Pal.* 8 et 9 juill. 2011, n° 189 à 190, p. 19, obs. *F. Reille* ; *Rev. proc. coll.* 2011/4, comm. 114, obs. *C. Lebel*.

⁸⁵⁰ L'article 621-2 du Code de commerce évoque ce concept dans le seul but de le considérer comme un motif juridique de l'extension de procédure collective, sans pour autant lui accorder une notion précise.

⁸⁵¹ *F. Reille, op. cit.*, n°1, p.5.

de patrimoine, elle doit être maîtrisée. À défaut, comme la plupart des institutions d'origine jurisprudentielle élaborée pour combler des vides juridiques qui heurtent l'équité, la confusion de patrimoine pourrait devenir "une machine à faire sauter le droit" des entreprises en difficulté ».

Selon le dictionnaire *Capitant*, la confusion de patrimoine s'entend d'un « mélange de biens d'origines différentes dans une masse unique au sein de laquelle il devient plus difficile de les distinguer ». Ce concept s'attache au sens concret du terme « patrimoine » puisqu'il se définit comme « mélange d'éléments patrimoniaux » et non comme « fusion de deux patrimoines » au sens abstrait du terme.

460. En jurisprudence et en doctrine, il existe une variété patente de définitions de la confusion de patrimoine. Sur le plan jurisprudentiel, les juges du fond avaient dans les années quatre-vingt tendance à s'écarter de la conception classique de confusion pour s'en tenir à l'idée d'une politique économique au service d'un intérêt commun indissociable. Ils faisaient référence tantôt à la notion d'unité économique du groupe tantôt à la notion de groupe elle-même, pour justifier l'extension de procédure collective à des sociétés liées à la société débitrice. Cette démarche – transcender l'entité juridique de chaque société pour atteindre l'entité économique de l'ensemble des sociétés – considérait donc le groupe de sociétés comme une seule et unique entreprise afin de le traiter par une seule et unique procédure collective.

Un arrêt d'appel de Paris, daté du 2 mai 1986⁸⁵², énonça en ce sens que « si la notion de confusion de patrimoine constitue un motif souvent retenu pour entraîner la constitution d'une masse commune à deux ou plusieurs sociétés objets d'une procédure collective, elle n'est pas la cause unique d'une telle mesure ». Après avoir procédé à une analyse minutieuse des relations entre les différentes sociétés, cette décision justifie l'ouverture d'une procédure unique en « considérant en définitive et sans qu'il ait à caractériser la confusion de patrimoine sur un plan comptable, que *B.X.O.* n'était qu'un maillon juridiquement identifié et sans autonomie d'un ensemble plus vaste constituant une unité d'entreprise ». On peut encore évoquer une autre décision similaire, prise le 4 juin 1984 par le Tribunal de commerce de Paris⁸⁵³ : ayant étendu le règlement judiciaire de deux sociétés anonymes à cinq filiales, ce Tribunal déclara « qu'il est patent que les filiales concourent, dans des domaines étroitement complémentaires et interdépendants à la réalisation

⁸⁵² CA. Paris, ch. com. 2 mai 1986.

⁸⁵³ T. com. Paris, 4 juin 1984.

d'objectifs communs à ceux des sociétés mères ; que de très nombreuses relations croisées comme clients ou fournisseurs réciproques existent entre ces sociétés ; qu'elles sont animées par des personnes physiques ou morales relevant d'un même noyau actif (..) et que la notion de groupe étant ainsi établie, il convient de réunir toutes les procédures en une seule et même main de justice ». Dans d'autres cas, c'est la notion de groupe de sociétés, elle-même, qui est adoptée comme critère de confusion de patrimoine. Le Tribunal de commerce de Corbeil estima ainsi que l'existence de nombreux comptes entre les sociétés, l'accumulation d'opérations de trésorerie, les avances consenties par la société mère, autrement dit, des éléments qui résultent, a priori, du fonctionnement normal d'un groupe de sociétés, caractérisaient l'existence d'une confusion de patrimoine⁸⁵⁴.

461. Loin d'être isolées⁸⁵⁵, ces décisions constituent un véritable courant jurisprudentiel ayant subsisté jusqu'à la fin des années quatre-vingt⁸⁵⁶. Ils prennent appui sur l'aspect économique du groupe pour justifier l'extension de procédure de liquidation ou de redressement judiciaire à l'ensemble des sociétés membres du groupe. Aussi, en présence d'une véritable entité économique constituée par plusieurs sociétés, le sort de l'une de celles-ci ne peut être séparé de celui des autres⁸⁵⁷. Ces décisions du fond ont néanmoins suscité une forte controverse dans la doctrine et la haute juridiction. Comme elles débutent par l'unité économique du groupe, la question se posait de savoir si celle-ci vaut, en soi, confusion de patrimoine ou si elle constitue une troisième cause d'extension de procédure collective. Une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence rejette l'idée de lier la confusion de patrimoine à la seule existence de l'unité économique du groupe. Comme *M. Cozian* et alter⁸⁵⁸ l'affirment « le seul rapport de société mère à filiale ou de sœur à sœur est insuffisant ; il faut une réelle confusion de patrimoine. La détention de la quasi-totalité du capital d'une société ne présume pas simplement confusion, de même que l'identité de

⁸⁵⁴ *T. com. Corbeil* 29 mai 1986, *G. P.* 16 oct. 1986, p. 647.

⁸⁵⁵ Voir en particulier *Paris*, 3^{ème} ch. B, 20 mars 1986, *RJ. com.* 1986, p. 294, n° 1138, note Ch. H. Gallet ; *Rev. soc.* 1987.98, *Som.*, obs. Y. Guyon ; *Poitiers* 9 déc. 1987, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 346, obs. P. Didier ; *Versailles* 16 déc. 1987, *D.* 1988, *Som. Com.* 383, obs. A. Honorat ; *Rev. soc.* 1987.434, note A. Honorat).

⁸⁵⁶ Voir encore : *P. Le Cannu*, *Conditions de l'extension d'une procédure collective à l'égard des sociétés d'un même groupe*, *Cour de cassation (Com.)*, 5 avr. 1994, *Jeandet c/ Me Lafont*, *Rev. soc.* 1994, p.318 : « Les juges du fond ont tendance à considérer que les groupes de sociétés constituent des ensembles, qui peuvent faire l'objet d'une procédure collective ».

⁸⁵⁷ Voir aussi *A. Honorat*, *L'extension d'une procédure de redressement judiciaire à une société fictive franchiseur de la marque exploitée par les sociétés en redressement judiciaire. Note sous cass.* 08 nov. 1988, *Rev. soc.* 1990, p.71. Cet auteur a écrit : [selon une jurisprudence récente des tribunaux de commerce et des Cours d'appel] « l'unité d'entreprise reposant sur la simple interdépendance économique de différentes sociétés peut servir de fondement à elle seule à l'extension d'une procédure ouverte contre une société membre d'un groupe à d'autres sociétés du même groupe ou au groupe tout entier ».

⁸⁵⁸ *V. M. Cozian et alter*, *op. cit.*, n°1502, p.672.

siège social ou de dirigeants ». En d'autres termes, si les groupes se caractérisent en réalité par l'unité de direction qui gouverne les sociétés du groupe, ils ne conduisent pas nécessairement à une confusion de patrimoine⁸⁵⁹.

462. En jurisprudence, la première initiative de la Cour de cassation⁸⁶⁰ eut lieu le 8 novembre 1988. Commenant par réfuter l'idée de l'entreprise unique, cause autonome de l'extension de procédure collective, et détachant la notion de confusion de patrimoine de celle d'unité économique de groupe, cette Cour considéra que seule la fictivité ou la confusion de patrimoine pouvait constituer une cause d'extension de procédure collective ouverte à l'encontre d'une société membre d'un groupe à d'autres ou à toutes les sociétés de ce groupe⁸⁶¹. Dans un autre arrêt, la même Cour⁸⁶² approuva une Cour d'appel qui ordonna la disjonction de procédures collectives ouvertes contre plusieurs sociétés d'un même groupe dès lors que ni la fictivité ni la confusion de leur patrimoine n'étaient établies et que, par conséquent, les procédures devaient se poursuivre de manière indépendante⁸⁶³. Plus récemment, en octobre 2012, la Cour d'appel de Toulouse⁸⁶⁴ a eu l'occasion de relever en ce sens que la notion de communauté d'intérêts des sociétés du groupe ne permet pas en soi de remettre en cause l'autonomie des personnes morales. En l'espèce, l'appelante se fonde sur cette notion contre plusieurs sociétés du groupe AVIAPARTNER qui, selon lui, du fait d'une identité de dénominations, d'une similarité d'activités, d'une même localisation aéroportuaire et d'un même organe de direction, constitueraient une entreprise unique, une unité économique et sociale permettant d'écarter l'autonomie des personnes morales, les rendant entièrement solidaires l'une de l'autre. Selon la Cour, « les premiers juges ont ici justement écarté la solidarité en considérant que les sociétés étaient différentes dans leur forme et leurs attributs. Les sièges sociaux sont éloignés et les

⁸⁵⁹ T. Gautier, *op. cit.*, n°742, p.462.

⁸⁶⁰ Cass. com. 87-11.233 - 08 nov. 1988.

⁸⁶¹ Voir aussi, Cass. 1^{ère} ch. civ., 5 juill. 1989, *Rev. soc.* 1990. *Somm.* 76, *Bull. civ. I*, n° 272, p. 181 ; Cass. 1^{ère} ch. civ., 5 juill. 1989, *Rev. soc.* 1990. *Somm.* 76, *Bull. civ. I*, n° 272, p. 181 ; Cass. com., 11 mai 1993, *Bull. civ. IV*, n° 187, p. 133. Dans ces décisions, la Cour de cassation affirme que l'extension de procédure collective n'est pas possible en cas de simple unité d'entreprise résultant notamment d'une détention de la quasi-totalité du capital, d'une imbrication d'intérêts issue de l'interdépendance des engagements financiers ou d'une centralisation de la gestion jointe à une communauté de clientèle.

⁸⁶² Cass. com. 4 nov. 1987, *Rev. soc.* 1988.393, note P. Le Cannu.

⁸⁶³ Voir encore : Cass. com. 3 nov. 1988, *Rev. soc.* 1989.289, *Som.*, obs. Y. Guyon ; Paris, 3^e ch. B, 31 mai 1989, *D.* 1989, IR 227. Voir aussi les Cours d'appel de (Paris 3^e ch. A, 2 févr. 1988 et Aix-en-Provence, 8^e ch., 10 mars 1987, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 347, obs. P. Didier ; Com. 18 juill. 1989, *D.* 1989.I.R.247 ; Montpellier, 2^e chambre, 11 janv. 1990, *Proc. Rép. T.G.I. Carcassonne et Proc. Gén. C.A. Montpellier c. Sté La Chaussier et autres*, inédit).

⁸⁶⁴ CA Toulouse, ch. 02 SECT. 02 - 10/06902, 16 oct. 2012.

activités différentes, le seul fait qu'il s'agisse de sociétés par actions simplifiées ayant les mêmes dirigeants étant naturellement insuffisant et il n'est invoqué ni sociétés fictives ni filiales de façade ni confusion des patrimoines ».

463 Dès lors, la jurisprudence du fond qui tend à faire de la seule existence d'une unité économique une cause autonome de l'extension de procédure collective, ne trouve pas gain de cause devant la Cour de cassation qui considérerait le groupe en tant que tel comme incapable d'être mis en redressement ou en liquidation judiciaire, faute de personnalité morale. Seules les sociétés qui le composent peuvent faire l'objet de ces procédures. L'indépendance juridique doit transcender la prétendue unité économique qui n'est pas, à elle seule, de nature à induire l'état de confusion de patrimoine. Par conséquent, l'instauration d'un régime d'extension procédurale justifiée par cette unité implique une intervention législative dérogatoire aux règles générales du droit des sociétés, notamment à celles relatives aux sociétés à risque limité.

464. La doctrine et la jurisprudence renoncent donc à ce critère en faveur de trois autres, à savoir : la confusion des comptes, les flux financiers anormaux et les relations financière anormales. Au départ, seuls les deux premiers critères sont en vigueur. La notion de relations anormales apparaît ensuite pour rendre plus souple la notion de confusion de patrimoine⁸⁶⁵. Il s'agit pour le premier critère de la situation financière dans laquelle il est impossible de déterminer la consistance patrimoniale ou, plus précisément, de savoir à qui se rattache tel actif ou tel passif. Selon le président *D. Tricot*⁸⁶⁶ « outre la fictivité des sociétés, la jurisprudence, sous l'égide de la Cour de cassation, a dégagé deux critères qui caractérisent la confusion de patrimoine et justifient l'extension : en retenant d'une part la confusion des comptes qui ne permet plus de savoir à qui rattacher tel actif ou tel passif, et d'autre part, les flux financiers dont l'absence de contrepartie démontre l'anormalité, la Cour de cassation a cherché à concilier la souplesse de l'organisation de la vie des affaires et la sécurité de critères concrets et unifiés ». Cette conception correspond donc à l'impossibilité de rétablir les comptes entre les parties afin de mettre en évidence les forces actives et passives de chacun des patrimoines⁸⁶⁷. La Cour de cassation fait dans un arrêt⁸⁶⁸

⁸⁶⁵ Voir, J-P. Legros, *Critère et nullité d'une convention réglementée*, *dr. soc.* n°2, févr. 2008, *comm.* 29 : « la notion de flux financiers a cédé la place à celle de relations financières anormales ».

⁸⁶⁶ *D. Tricot*, *La confusion des patrimoines et la procédure collective*, *Rapport Cour de cassation 1997*, *La Documentation française* 1998, p. 165 et s.

⁸⁶⁷ *F. Reille*, *op. cit.*, n°87, p.81 ; voir encore *B. Grelon et C. Dessus-Larrivé*, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, *Rev. soc.* 2006, p.281 : « L'imbrication des patrimoines se révèle spécialement par la confusion des comptes, c'est-à-dire le désordre rendant impossible la détermination des droits de chacune des

état de ce critère, indiquant que la confusion des comptes « est caractérisée au regard d'un ensemble de faits dès lors qu'il en est résulté un désordre généralisé des comptes et un état d'imbrication inextricable ». Selon une autre affaire de la même Cour, un commerçant qui avait donné son fonds de commerce en location-gérance à une SARL, dont il assurait la gérance conjointement avec son épouse, s'est vu étendre la procédure collective ouverte contre la société, alors qu'il n'avait donné aucun ordre à sa banque d'ouvrir des comptes séparés, et qu'il avait utilisé, avant le jugement d'ouverture de la procédure collective de la société, son compte comme compte de la société⁸⁶⁹. En janvier 2012 la même Cour a dégagé la confusion des comptes de la mise en place d'un compte bancaire unique entre deux entités⁸⁷⁰.

465. Pour autant, la confusion des comptes ne peut se contenter des simples opérations comptables irrégulières si cette irrégularité n'empêche pas de rendre compte des rapports réciproques entre les parties⁸⁷¹. Un arrêt de la Cour de cassation rendu en mai 1996⁸⁷² précise que « sont impropres à établir la confusion des patrimoines, l'identité de sièges sociaux, de dirigeants, d'associés, un paiement tardif d'une somme due par une société à l'autre, ainsi que des mouvements de comptes inexpliqués ». Selon la Cour d'appel de Reims⁸⁷³ « la notion de confusion des patrimoines correspond à une imbrication entre les postes d'actif et de passif telle qu'un professionnel de la comptabilité s'avérerait incapable d'attribuer à l'une ou à l'autre des titulaires les créances et les dettes réciproques ».

personnes concernées au point qu'il n'est plus possible de dissocier les masses actives et passives de chacune ».

⁸⁶⁸ Cass. com. 24 oct. 1995, n° 93-11.322, inédit.

⁸⁶⁹ Cass. com. 15 janv. 1995, 92-15.674, inédit.

⁸⁷⁰ Cass. com. 09-71.906, 31 janv. 2012 : « la confusion des comptes se trouve suffisamment caractérisée par la mise en place d'un compte bancaire unique entre les deux entités ».

⁸⁷¹ Voir dans le même sens, D. Tricot, *La confusion des patrimoines et la procédure collective*, op. cit., p.165 et s. voir encore Cass. com. 11 juin 2002, n°99—13.544.

⁸⁷² Cass. com. 14 mai 1996, n°94-17.297, inédit titré.

⁸⁷³ CA de Reims, 08 mars 2010, n°09/00401. Voir encore : CA. Nîmes, ch.02 B., 19 mars 2009, n°08/00403 qui affirme : « Il est de principe que la confusion des patrimoines entre deux sociétés est caractérisée notamment par l'existence entre elles des flux financiers anormaux dont il a résulté un enrichissement pour l'une au détriment de l'autre, faute de contrepartie réelle et équitable » ; CA Agen 16 oct. 2006, n°06/01621 ; CA. Poitiers. ch. civ. 02, 05 oct. 2010, n°10/00572 : « la confusion de patrimoines de deux sociétés peut être caractérisée, notamment, par l'existence de flux financiers anormaux entre elles ou de relations financières anormales » ; CA. Montpellier, ch. 2, 14 juin 2011, n°10/07408 : « la confusion des patrimoines est caractérisée soit par la confusion des comptes, c'est-à-dire un désordre rendant impossible la détermination des droits de chacune des personnes concernées, soit par des flux financiers anormaux, c'est-à-dire des transferts d'actif ou services rendus sans contrepartie » ; CA. Paris. Pôle 05 Ch.08, 15 sept. 2009, n°09/02265 : « la situation de confusion des patrimoines se caractérise par l'imbrication des patrimoines ou des flux financiers anormaux » ; CA. Dijon. ch. civ. B, 02 déc.2008, n°08/01037 : « la confusion de patrimoines est caractérisée soit par l'impossibilité de dissocier les patrimoines et la confusion des comptes, soit par l'existence de relations financières anormales ».

La jurisprudence fait également mention de deux autres critères de la confusion de patrimoine, à savoir : les flux financiers anormaux et les relations financière anormales⁸⁷⁴. Au départ, seulement le premier était en vigueur ; la notion de relations anormales apparaît ensuite. On peut donc se demander si cette nouvelle notion forme un nouveau critère de confusion ou si ce n'est qu'une variété de la notion de flux financiers anormaux.

466. Selon la doctrine dominante, les relations financières anormales constituent un nouveau critère de confusion qui s'ajoute à celui des flux. La jurisprudence entend élargir l'ancienne notion de flux financiers anormaux pour appréhender des situations de fait dans lesquelles – sans qu'il y ait de véritables transferts d'un patrimoine dans l'autre – une personne abandonne certaines prérogatives, renonce sans contrepartie ou sans motif légitime à percevoir certaines créances au bénéfice d'une autre, lui concède des avantages injustifiés ou prête de mains-d'œuvre⁸⁷⁵. Selon *B. Grelon* et *C. Dessus-Larrivé*, la notion de relations financières anormales est plus générale et plus souple. Elle permet de « sanctionner la pratique consistant à laisser filer les créances sans jamais réagir, et elle permet de prendre en compte des situations plus complexes que les simples flux financiers et des cas dans lesquels il n'existe pas de flux : des avances de fonds sans remboursements ultérieurs, mais aussi des abandons de créances, une renonciation à percevoir des loyers, la perception de loyers anormalement bas, l'utilisation d'une structure par le personnel de l'autre ».

467. Toutefois, la doctrine considère les relations financières existant entre deux ou plusieurs sociétés comme anormales lorsqu'elles impliquent que l'actif et le passif de plusieurs sociétés « s'enchevêtrent presque inextricablement et qu'en même temps, les moyens de les ventiler font pratiquement défaut⁸⁷⁶ ». Autrement dit, le cas où les éléments patrimoniaux de deux ou plusieurs sociétés se trouvent tant imbriqués que les créanciers de l'une ont pu croire que les autres sociétés n'étaient que des succursales ou des branches

⁸⁷⁴ La Juridiction n'est pas constante sur l'emploi de l'un ou de l'autre de ces critères. Certaines fois la Cour de cassation utilise uniquement le critère de flux financiers anormaux avec celui de confusion des comptes. Ainsi dans son arrêt du 20 janv. 2010(n°08/70.369) elle a déclaré que « *La confusion des patrimoines est caractérisée lorsque les éléments qui composent les patrimoines sont mêlés de telle façon qu'il n'est plus possible de distinguer ce qui est propre à chacun, deux critères doivent être retenus : la confusion des comptes et l'existence de flux financiers anormaux* » ; d'autres fois elle fait référence à l'impossibilité de distinguer le passif et l'actif des deux sociétés. Voir *Cass. com. 07 déc.2004, n°03/12.030* : la confusion de patrimoine se caractérise par « *une imbrication des patrimoines qui rend impossible de distinguer le passif né du chef de l'une ou l'autre personne* ».

⁸⁷⁵ Voir, *Ph. Delmotte, Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, RJDA, 6/2006, p.540.*

⁸⁷⁶ *A-J. Bellanger, Entretien sous la pluralité des masses, RJ com. 1962, p. 160 et s.*

d'activités en raison de leur apparente unité⁸⁷⁷. Comme *P. Le Cannu, J-M. Lucheux, M. Pitron et Sénéchal*⁸⁷⁸ l'ont souligné, il faut définir la confusion établie par des relations financières anormales comme l'hypothèse dans laquelle « il existe bien deux patrimoines (au moins), mais ils sont tellement imbriqués qu'il est impossible de les distinguer dans des comptes distincts ».

La Cour de cassation évoque dans un arrêt que cette notion va permettre de sanctionner des avances sans remboursements ultérieures, des abandons de créances, une renonciation à percevoir des loyers, le fait qu'une société, titulaire contre une autre d'une créance importante, ait omis de la déclarer au passif de la seconde⁸⁷⁹.

468. S'agissant de la notion de flux financiers anormaux, elle s'entend des opérations de trésorerie dont il résulte un enrichissement pour l'une des sociétés au détriment de l'autre sans contrepartie réelle et équitable⁸⁸⁰. Elle est différente de la notion de relations financières anormales car elle ne peut être caractérisée par des transferts de fonds sans contrepartie d'une société vers une autre⁸⁸¹. La Cour de cassation⁸⁸² a approuvé une Cour d'appel pour avoir constaté l'existence de confusion de patrimoine entre une SARL et une SCI du fait que les créanciers de la première ne pouvaient pas faire la différence entre les entités juridiques, et que la SCI avait mis pendant plus de trois ans ses immeubles à disposition de la SARL sans contrepartie, et que les deux sociétés s'étaient fait accorder, de façon conjointe et solidaire, un découvert en compte courant de 300.000 F en garantie duquel la SCI avait consenti une hypothèque et que les fonds n'avaient profité qu'à la SARL : « Qu'en l'état de ces constatations (...) la Cour d'appel qui a fait ressortir l'existence de flux financiers anormaux entre les deux sociétés, a, en retenant la confusion de leurs patrimoines, légalement justifié sa décision ».

⁸⁷⁷ Voir dans le même sens *Ch. Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, L.G.D.J, éd. 1991, n°371, p.247.*

⁸⁷⁸ *P. Le Cannu, J-M. Lucheux, M. Pitron et Sénéchal, Entreprise en difficulté, G.L.N Joly, 1994, n°288.* voir aussi, *F. Derrida, note sous Paris, 12 mai 1987, D. 1989, som. com. p5*, qui a défini cette situation comme « une imbrication, une anastomose de l'actif et du passif telles que l'on ne puisse pas déterminer qui est propriétaire, créancier ou débiteur de quoi » ; *Pétel, (obs. sous Paris, 12 nov. 1989, Bull. Joly 1990, p.186 ; JCP 1990, ed. E, II, 15829, n°1)* a écrit dans le but de justifier l'unicité procédurale du redressement et de la liquidation judiciaire : « la procédure unique est une solution réservée au cas où il y a confusion des patrimoines, ce qui suppose que les actifs et les dettes de chacun sont si étroitement imbriqués qu'il est impossible de dresser des comptes distincts. En d'autres termes, il convient d'établir que les intéressés se sont livrés réciproquement et de manière habituelle à des transferts d'actifs sans contrepartie ».

⁸⁷⁹ *Cass. com 16 juin 2009 Gaz Proc coll 2009/4 p 4, note F Reille.*

⁸⁸⁰ *Cass. com. 20 janv. 2010, n°08/70.369.*

⁸⁸¹ *Cass. com. 7 janv. 2003, n°00-13192.*

⁸⁸² *Cass. com. 4 juill. 2000, n°97-15.156; RJDA 1/2001, n°36.*

469. Enfin, il faut tenir compte du fait que la confusion de patrimoine est une situation de fait qui doit être déduite par les tribunaux d'un mélange d'éléments matériels des patrimoines des sociétés en cause, résultant de l'enchevêtrement des activités sociales et des flux financiers dénués de contrepartie. Elle doit à cet égard être distinguée de la simple complémentarité d'activités que la répartition des tâches entre les sociétés liées implique. La seule existence de cette compatibilité n'est pas, en soi, de nature à constituer un critère de confusion, mais c'est à partir d'un certain degré d'imbrication des activités que le juge décidera si les sociétés sont confondues. Dans un arrêt du 14 mars 1995⁸⁸³, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir refusé d'étendre la procédure collective d'une société à l'autre en relevant, d'une part, que c'est en exécution d'accords déterminant parfaitement la collaboration des deux sociétés que les mouvements de fonds critiqués avaient eu lieu, et en indiquant, d'autre part, que la comptabilité de la société en cause était correctement tenue⁸⁸⁴.

Sous-section II : Les éléments constitutifs de la confusion de patrimoine

470. Trois critères jurisprudentiels ont donc été retenus pour qualifier précisément l'état de confusion de patrimoine : confusion des comptes, flux financiers anormaux et relations financières anormales⁸⁸⁵. En tout état de cause, le critère de confusion doit s'apprécier au regard des caractéristiques de l'erreur de tiers qui ont pu croire que les sociétés du groupe n'étaient que des succursales ou des branches d'activité en raison de leur apparente unité. Un certain degré d'imbrication des activités et de confusion des comptes doit exister. Le juge n'a pas à déclarer la confusion de deux ou plusieurs sociétés du seul fait qu'elles appartiennent à un même groupe ou qu'elles sont réunies par un intérêt ou une stratégie commune⁸⁸⁶. La Cour de cassation a récemment insisté sur cette réalité, en déclarant qu'« en vertu du principe dit de l'autonomie des personnes morales, et sauf en

⁸⁸³ Cass. com. 14 mars 1995, Bull. civ. IV, n°82 ; JCP 1995, ed. E, pan. 602.

⁸⁸⁴ Dans cet arrêt, la Cour – ayant abandonné une ancienne jurisprudence au terme de laquelle elle considérait qu'il ne lui appartenait pas de contrôler l'existence de la confusion de patrimoine, cette appréciation étant laissée au pouvoir souverain des juges du fond – exerce aujourd'hui un contrôle de motivation sur les décisions de ces derniers. Voir en ce sens : A. Jacquemont, *op. cit.*, n°3.

⁸⁸⁵ Cass. com. n° 09-71.906, 31 janv. 2012 : « l'extension de la procédure collective pour confusion de patrimoines entre deux entités suppose uniquement que soient constatés la confusion des comptes entre ces deux entités ou des flux financiers anormaux entre les deux entités ».

⁸⁸⁶ Voir : A. Jacquemont, *Sauvegarde, redressement, et liquidation judiciaire. Exploitation en commun et confusion des patrimoines*, JurisClasseur Commercial, Cote : 09, 2006 : « L'unité d'entreprise, stade ultime de l'interdépendance des personnes n'est pas la confusion des patrimoines » ; D. Robine, *L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés*, note sous cassation (com) 19 avr. 2005, Rev. Soc. 2005, p.897 : « pour qu'il y ait procédure d'extension de procédure, il ne suffisait pas que les protagonistes appartiennent à un groupe de sociétés. Le principe reste celui de l'autonomie juridique des filiales ».

cas de confusion des patrimoines ou du caractère fictif de la filiale, une société mère demeure une entité juridiquement distincte à l'encontre de laquelle les créanciers de sa filiale ne peuvent prétendre disposer d'un droit de créance⁸⁸⁷ ».

Il faut donc prouver que les éléments de confusion de patrimoine vont au-delà de ce qui est justifié par l'existence du groupe. Pour cela, il doit être établi que l'imbrication des actifs et des passifs des patrimoines confondus ne permet plus de distinguer les uns des autres, et qu'elle entraîne un déséquilibre évident entre les engagements réciproques, et reflète une anormalité des relations entretenues. Autrement dit, trois éléments sont à retenir : le mélange des patrimoines, le déséquilibre patrimonial et l'anormalité des flux ou des relations financières.

I- La nécessité d'un mélange des patrimoines

471. Le mélange des patrimoines se déduit de l'existence des relations ou des flux financiers anormaux révélant un écoulement de passifs et d'actifs d'un patrimoine à l'autre, l'un se vidant et l'autre se remplissant. En d'autres termes, et comme le précise A. Jacquemont⁸⁸⁸, il y a confusion de patrimoine dans le cas où « les éléments d'actif et les éléments de passif sont mélangés de telle façon qu'on ne peut les rattacher à l'un ou à l'autre des patrimoines ». La Cour de cassation⁸⁸⁹ a bien dégagé cet élément dans un arrêt récent énonçant que « seule l'impossibilité de démêler les liens unissant deux sociétés et de distinguer leurs patrimoines peut justifier l'extension d'une procédure collective ouverte à l'encontre de l'autre ». La Cour d'appel de Paris⁸⁹⁰ a aussi offert une bonne illustration de cette exigence. Selon elle, la confusion de patrimoine est caractérisée « lorsqu'on est en présence de deux ou plusieurs personnes morales, qui, tout en (...) ayant des patrimoines distincts, les ont confondus, des éléments de l'un se retrouvant dans l'autre et réciproquement »

472. En outre, il ne suffit pas pour caractériser le mélange des patrimoines que les demandeurs à l'extension de procédure collective constatent la mise en commun des

⁸⁸⁷ Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199.

⁸⁸⁸ A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 3e éd, spéc. n°137.

⁸⁸⁹ Cass. Com. 5 avr. 2011, 09-16.705.

⁸⁹⁰ Voir chronologiquement Paris 1^{er} décembre 1976, D.1977, IR, p.120, obs. A. Honorat, Paris 26 novembre 1979, Rev. Soc 1980, p.323 ; voir encore CA Orléans, ch. com. 10/01464 - 20 janv. 2011 : « si le transfert d'actifs sans contrepartie d'une société à une autre peut caractériser la confusion des patrimoines de ces sociétés, encore faut-il qu'il soit tel qu'il ne soit plus possible de déterminer qui est le véritable propriétaire des actifs litigieux » ; Cass. Com. 07 déc. 1999, n°97-14. 119 « la confusion des patrimoines, justifiant l'extension de procédure collective, est constatée par l'unité de fait, manifestée par un mélange des patrimoines ».

moyens ou l'existence d'une complémentarité d'activité des sociétés du groupe, mais ils doivent relever avec soin les éléments établissant le mélange matériel des patrimoines. Les juges du fond doivent également respecter cette exigence ; à défaut, ils prennent le risque de voir leur décision soumise à la censure⁸⁹¹. La Cour de cassation affirma en ce sens que « la confusion des patrimoines d'une SCI, d'une association et d'une SARL ne peut être décidée aux seuls motifs que ces trois personnes morales ont des membres et des dirigeants communs, que l'association et la SARL participent au capital de la SCI, que les trois personnes ont une activité complémentaire exercée dans les mêmes locaux. En l'absence de toute constatation révélant l'imbrication des éléments d'actif et de passif composant les patrimoines de ces trois personnes morales, la cour d'appel n'a pas donné de bases légales à sa décision⁸⁹² ».

II- L'existence d'un déséquilibre patrimonial

473. Pour dire qu'il y a confusion de patrimoine, il faut que les opérations du transfert de passifs et d'actifs d'un patrimoine à l'autre soient de nature à engendrer un déséquilibre patrimonial, c'est-à-dire un appauvrissement et un enrichissement corrélatifs. Le déséquilibre se caractérise, en effet, par l'absence d'une contrepartie des flux patrimoniaux ou par l'absence d'une réciprocité des engagements financiers des sociétés membres du groupe⁸⁹³. La Cour de cassation censura, par ce fait, une Cour d'appel pour avoir ignoré l'existence de la confusion de patrimoine issue des flux financiers dénués de contrepartie. Elle énonça que « la Cour d'appel qui constate que la seule activité de la SARL ayant été transférée à la SA, et que le loyer n'a jamais été payé mais était inscrit en compte courant, lequel n'a jamais été soldé ni même déclaré au passif de la SA, refuse de reconnaître une confusion des patrimoines, faute pour ces opérations de constituer, selon elle, des flux financiers anormaux, qu'en statuant ainsi sans vérifier si l'absence de toute contrepartie par la SARL ne caractérise pas à elle seule l'existence d'une confusion des patrimoines, consacrée par des relations financières exorbitantes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale⁸⁹⁴ ».

⁸⁹¹ F. Reille, *La notion de confusion des patrimoines*, préc., n°112, p.98.

⁸⁹² Cass. Soc. 31 janv. 1995, D. Randoux, *Les éléments constitutifs d'une confusion de patrimoine : une conception restrictive de la notion* note sous cassation, note sous cassation, Rev. Soc. 1996, p. 757.

⁸⁹³ Cass. Com. 16 juin 2009, n°08-15.883. Voir aussi ce sens M. Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec 2002, n°714 : « la personne en procédure collective doit s'être appauvrie en ayant pris en charge les obligations d'une autre sans avoir reçu d'équivalent en retour ».

⁸⁹⁴ Cass. Com. 5 févr. 2002, n°98-15.366, n° 98-15.366

La doctrine et la jurisprudence exigent, pour retenir la confusion, que le déséquilibre des patrimoines soit significatif, c'est-à-dire que les transferts d'éléments patrimoniaux ayant provoqué un déséquilibre doivent avoir été suffisamment importants pour permettre l'établissement de la confusion⁸⁹⁵.

474. Une interrogation se pose cependant sur le critère adopté pour caractériser l'importance du déséquilibre : relève-t-il de la pluralité des flux financiers ou de la durée pendant laquelle ces flux ont été entretenus ?

A travers la jurisprudence, on s'aperçoit que les deux critères sont reconnus. Le plus souvent, le déséquilibre significatif des patrimoines s'entend comme l'exigence de la pluralité des relations financières anormales. Les juges du fond ont refusé de retenir la confusion de patrimoine sur la base d'une opération unique donnant lieu à un flux patrimonial anormal isolé. La Cour d'appel de Besançon, approuvée par la Cour de cassation⁸⁹⁶, évoqua dans un arrêt rendu en juin 1996 qu'« une opération unique de réduction de compte courant (...) ne caractérise ni la confusion de patrimoine ni la fictivité⁸⁹⁷ ». Plus récemment (en novembre 2012), la Cour d'appel de Nancy⁸⁹⁸ a déclaré que la confusion de patrimoine résulte notamment de l'existence « de relations financières anormales et (procède) d'une volonté systématique de confondre les patrimoines, antérieurement à la date d'ouverture de la procédure collective dont il est demandé l'extension ». De même, la Cour de cassation⁸⁹⁹ a énoncé en novembre 2003 que les flux financiers anormaux constituaient des mouvements de fonds sans contrepartie réelle. Selon elle « la confusion de patrimoines entre plusieurs sociétés ne se trouve caractérisée que par l'imbrication du passif et de l'actif de ces sociétés, que l'existence de flux financiers anormaux constitue un critère de confusion de patrimoines dans la mesure seulement où des mouvements de fonds sans contrepartie réelle peuvent être établis entre une société en redressement ou en liquidation judiciaire et les sociétés à l'encontre desquelles une demande en extension de procédure collective a été formée et si ces flux procèdent d'une volonté systématique de créer une confusion de patrimoines de telle sorte qu'une dissociation entre les sociétés s'avère impossible⁹⁰⁰ ».

⁸⁹⁵ F. Reille, *op. cit.*, n°130, p.110.

⁸⁹⁶ Cass. Com. 30 mars 1999, n°96-18.658.

⁸⁹⁷ CA. Besançon, 7 juin 1996, RPC 1997, P.161, n°I, obs. J-M. Calendini.

⁸⁹⁸ CA Nancy, ch. com. 02 - 11/00365, 21 nov. 2012.

⁸⁹⁹ Cass. Com., 19 nov. 2003.

⁹⁰⁰ Voir encore : Cass. Com., 26 oct. 1999, n°97-13.212 : « il résulte des conclusions du rapport définitif d'expertise que l'escompte par M.X...de deux effets dont la société était bénéficiaire avait été une opération

475. On peut encore constater des cas où les juges de fond s'appuient sur la durée pendant laquelle des relations financières anormales ont été entretenues. Selon certaines décisions, une durée limitée ne suffit pas à caractériser les rapports intra-sociétés de flux financiers déséquilibrés et ainsi de saisir la confusion de patrimoine. La Cour de cassation⁹⁰¹ a décidé en ce sens (le 10 juillet 2012) que « des flux financiers anormaux ne sont susceptibles de caractériser une confusion de patrimoines que s'ils procèdent d'une volonté systématique et qu'ils se sont déroulés sur une période étendue ; que la cour d'appel qui, pour retenir une confusion de patrimoines, s'est bornée à relever l'existence de flux anormaux entre l'entreprise *La Flèche* deux roues et Monsieur X..., sans constater que ces prétendus flux procédaient d'une volonté systématique et s'étaient déroulés pendant une période étendue, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 621-2 et L. 631-2 du code de commerce ». De même, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles⁹⁰² rendu sur renvoi de la haute juridiction, illustre cette référence. Selon les termes de cet arrêt : « les mouvements de fonds évoqués intervenus pendant une période de temps limité, demeurent en tout état de cause impropres à établir une imbrication de l'actif et du passif des sociétés et à démontrer une confusion des patrimoines ». Plus récemment, la Cour d'appel d'Orléans⁹⁰³ vient préciser que « pour fonder la confusion des patrimoines, les flux financiers, ou plus généralement les relations financières anormales, doivent être d'une certaine importance et d'une certaine durée ».

III- L'anormalité des flux ou des relations financières

476. Pour établir la confusion de patrimoine, il ne suffit pas que les juges de fond constatent l'existence d'un déséquilibre patrimonial provenant de transferts d'actif et de passif d'un patrimoine à l'autre. Ces flux financiers doivent en outre présenter un caractère anormal. La jurisprudence française ne cesse de se référer à cette exigence en employant des termes différents, tels : "relations", "flux" ou "mouvements" financiers anormaux. Le

ponctuelle, donc isolée, quelque soit l'importance des opérations comptables générées par l'utilisation des fonds, laquelle par ailleurs a pu être clairement déterminée, qu'il résulte également dudit rapport que l'essentiel des mouvements s'analysait en opérations de compte courant à compte courant, lesquels de par leur existence témoignaient de comptabilités distinctes et parfaitement individualisables ; qu'il en résulte que les autres comptes des trois entités juridiques sont distincts ; que la cour d'appel en affirmant néanmoins par motifs adoptés qu' "il n'est plus possible de distinguer ce qui est propre à chacun" pour étendre à M. X... et la société Château de la Motte la liquidation judiciaire de la société a dénaturé le rapport d'expertise sur lequel elle s'est fondée et a violé l'article 1134 du Code civil ».

⁹⁰¹ Cass. com. n°11-18.973 - 10 juill. 2012.

⁹⁰² CA. Versailles, 2 avr. 2002, D. 2002, som. com., p.3266, note J-C. Hallouin.

⁹⁰³ CA Orléans - Orléans – ch. com. 10/01464 - 20 janv. 2011.

problème réside néanmoins dans la notion juridique d'anormalité. C'est une question majeure qui a suscité beaucoup de controverse en doctrine et en jurisprudence du fait que le terme «anormalité» est ambigu et n'a jamais fait l'objet d'une précision juridique. D'après B. Grelon, C. Dessus-Larrivé⁹⁰⁴, l'anormalité peut signifier deux sens différents : dans un premier sens, « elle est synonyme de règle. Elle traduit alors la méconnaissance d'un devoir, d'une obligation, (...). En second sens, la norme se réfère à ce qui est normal. L'anormalité est alors seulement la manifestation d'un comportement erratique par rapport à une moyenne ou au comportement de la majorité. Elle ne se réfère pas à un devoir violé mais à un comportement inhabituel, minoritaire ou marginal ».

Selon un certain nombre de décisions jurisprudentielles, le caractère anormal provient de l'absence de contrepartie. L'anormalité se trouve ainsi identifiée dès lors qu'une société utilise systématiquement et anormalement l'actif d'une autre sans contrepartie. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Versailles⁹⁰⁵ a constaté l'existence de flux financiers anormaux entre une société civile immobilière et une société commerciale car la première avait été privée de tout versement de loyer et partant dépourvue d'une part non négligeable de ses ressources. Elle a déclaré « qu'il est de jurisprudence constante que la confusion des patrimoines repose sur deux critères alternatifs, mais parfois cumulés , à savoir celui de la confusion des comptes (...) et celui des relations financières anormales correspondant à des transferts patrimoniaux effectués par action ou par abstention, l'anormalité résidant dans l'absence de contrepartie⁹⁰⁶ ».

477. Une autre partie de la doctrine et la jurisprudence interprète l'anormalité de flux financiers par l'absence d'obligation liant les sociétés dont la confusion des patrimoines a été constatée. Les flux financiers existent même s'ils ne matérialisent pas une obligation juridiquement justifiée. Une Cour d'appel⁹⁰⁷ releva l'existence d'une confusion de patrimoines entre une SCI et ses associées, une SAS et une SARL, dirigées par la même

⁹⁰⁴ B. Grelon, C. Dessus-Larrivé, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, - 10/07/2006

⁹⁰⁵ CA Versailles, ch. 13, 10/07901, 03 mars 2011.

⁹⁰⁶ Voir encore : CA Nîmes, ch. 2 B com. 09/03504, 19 mai 2011 : « le fait que le débiteur en liquidation judiciaire ne se soit pas appauvri du fait des relations financières anormales avec la SCI, n'est pas une condition requise pour retenir la confusion des patrimoines entre les sociétés, laquelle se trouve caractérisée dès lors que l'une d'entre elles utilise l'actif de l'autre sans contrepartie, de façon systématique et anormale » ; CA Versailles, ch. 13, 10/08378, 24 mars 2011 : « Il est de jurisprudence constante que la confusion des patrimoines repose sur deux critères alternatifs, mais parfois cumulés, à savoir celui de la confusion des comptes et celui des relations financières anormales correspondant à des transferts patrimoniaux effectués par action ou par abstention, l'anormalité résidant dans l'absence de contrepartie » ; CA Metz, ch. com. 11/03043, 4 déc.2012.

⁹⁰⁷ CA Bordeaux, ch. civ. 02, 08/05612, 09 mars 2009.

personne. Les documents comptables faisaient ressortir des créances de la SCI détenues sur les autres sociétés en même temps que cette dernière accusait un résultat déficitaire d'un montant important. Selon elle, l'anormalité des relations financières est caractérisée par «les comptes courants débiteurs qui ont entraîné un résultat déficitaire ayant conduit la SCI au dépôt de bilan, que ces flux financiers anormaux n'ont aucune justification probante notamment⁹⁰⁸». C'est le cas encore lorsque la jurisprudence constate qu'une société occupait l'immeuble d'une autre sans qu'aucun titre ne définisse les conditions juridiques ou financières de cette occupation⁹⁰⁹.

478. Par ailleurs, La jurisprudence met en exergue deux critères cumulés pour caractériser l'anormalité des flux financiers. Elle se réfère tantôt à l'atypisme des rapports patrimoniaux entre les parties de la confusion, tantôt à la rupture d'équilibre des intérêts dans les relations entretenues. Au regard du premier critère, sera anormale la relation qui ne s'inscrit pas dans un cadre habituel du contrat en cause et qui fait subir à la filiale victime de la confusion un préjudice inévitable. Par exemple, le fait pour une filiale de payer à sa mère ou à une autre société du groupe un loyer très excessif, ou de ne pas chercher à recouvrer les loyers qui lui sont dus contre ces sociétés. *Idem* pour une filiale locataire qui prend à sa charge des travaux importants, par hypothèques non locatives, valorisant le local loué. Dans ces trois hypothèses, l'atypisme et ainsi l'anormalité réside dans l'absence d'intérêt pour la filiale bailleuse ; laquelle s'apprécie au regard de la valeur locative du bien loué, qui n'équivaut pas à sa valeur réelle. Autrement dit, chaque fois que le contrat d'allocation, conclu entre la filiale et sa mère ou sœur(s), dépasse le cadre habituel des contrats existant entre une société bailleuse et une société locataire, on sera en présence d'anormalité.

479. Il advient que la jurisprudence fasse référence à la rupture de l'équilibre des intérêts dans les relations entretenues. L'anormalité réside ici dans l'absence d'intérêt effectif de la filiale appauvrie. *F. Reille* a pu écrire⁹¹⁰ que « l'opération trouverait en effet une justification valable et échapperait à l'anormalité, lorsque chacune des parties y aurait trouvé son intérêt ». Une relation patrimoniale sera qualifiée d'anormale à partir du

⁹⁰⁸ Voir encore, *Cass. Com.* 19 nov. 1996, n°94-19.738.

⁹⁰⁹ *CA Orléans, ch. com.* 10/02026 - 24 févr. 2011 : « l'occupation à titre gratuit, par des personnes physiques sans lien avec la personne morale propriétaire, d'un important immeuble qui constituait l'actif principal, pour ne pas dire quasi-exclusif, de cette dernière, est démonstrative de relations financières anormales, et, par suite, d'une confusion des patrimoines entre la société propriétaire de l'immeuble et les occupants de celui-ci ».

⁹¹⁰ *Op. cit.*, n°152, p.128.

moment où elle ne sert pas l'intérêt de la filiale en cause. La Cour de cassation semble dans un arrêt rendu en mars 1996⁹¹¹ être favorable à ce critère. Elle refusa de retenir la confusion de patrimoine parce que « les opérations qui, selon le liquidateur, étaient de nature à relever cette confusion en raison des avantages dépourvus de contrepartie, qui en serait résulté pour les bénéficiaires, avaient bien été réalisées par intérêt réciproque ». Selon une Cour d'appel⁹¹², la prise en charge par la société de certaines dépenses personnelles relatives à une autre société n'est pas de nature à établir des relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoine entre les deux.

Sous-section III : Les indices de la confusion de patrimoine

Les indices qui font apparaître les filiales en cause comme des entités privées de patrimoine distinct peuvent être classés en deux catégories : des indices extrinsèques et des indices intrinsèques.

I- Les indices extrinsèques

480. Ce sont des indices extérieurs qui font apparaître aux yeux des tiers les filiales comme des entités dépourvues de personnalité morale, et détenues par la société mère. Évoquons à titre d'exemple certaines situations desquelles la jurisprudence a pu déduire l'existence de la confusion. Ainsi la communauté d'implantation géographique lorsque deux sociétés ont le même siège ou ont mis leurs activités et moyens techniques en commun. Une décision rendue par la Cour de cassation⁹¹³ en janvier 2004 éclaire cette notion. Il s'agissait d'une société civile immobilière (SCI) qui avait été mise en redressement judiciaire étendu, sur le fondement de l'article L. 621-5 du Code de commerce, à une SARL locataire de l'unique immeuble de la SCI. La Cour de cassation a retenu plusieurs indices pour caractériser la confusion de patrimoine entre les deux sociétés, ainsi : la communauté du siège social, l'unité parente de l'activité, consistant en l'objet de la SCI qui était la gestion de son unique immeuble par sa location à la SARL qui y exploitait son activité⁹¹⁴.

481. Un autre indice de confusion, relevé par la jurisprudence, repose sur l'emploi

⁹¹¹ Cass. Com. 19 mars 1996, n°93-11.551.

⁹¹² CA Toulouse, ch. 02 SECT. 02 - 09/00416, 22 févr. 2011.

⁹¹³ Cass. Com. 14 janv. 2004. note B. Saintourens, *l'attitude de la SCI, bailleur d'immeuble, et le critère de la confusion des patrimoines*. Rev. soc. 2004, p. 948.

⁹¹⁴ Voir aussi, CA. Paris, 3e ch. 15 fév. 1988 : Rev. soc. 1988, p.436, note A. Honorat. Dans cet arrêt la Cour d'appel de Paris a relevé plusieurs indices pour cette confusion, entre autres « le fait que les deux sociétés avaient le même siège social ».

commun du personnel d'une société par une autre, c'est-à-dire lorsque les salariés des deux sociétés passent habituellement de l'une à l'autre, ou lorsqu'ils se sont liés par le contrat à l'une mais accomplissent leur carrière exclusivement dans l'autre. En effet, et comme nous l'avons constaté⁹¹⁵, dans un groupe de sociétés, la force de travail peut être fournie de façon satisfaisante d'une société à l'autre comme si l'ensemble de leurs patrimoines n'était pas différent de celui de l'employeur principal⁹¹⁶. La Cour de cassation⁹¹⁷, dans un arrêt rendu en avril 2001, mentionne cet indice pour justifier l'extension de la procédure de liquidation d'une SARL à une EURL. Elle déclare en l'espèce que « les personnels employés par la SARL travaillaient exclusivement pour l'EURL, qu'en l'état de ces constatations et appréciations, retenant la confusion de patrimoine en raison de l'imbrication des comptes des deux sociétés, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

482. La confusion de patrimoine est encore retenue lors d'un transfert d'éléments de passif d'un patrimoine à l'autre. Ce type de transfert a souvent lieu lorsque l'une des sociétés membres d'un groupe prend à sa charge certaines dettes d'une autre envers un tiers. Par exemple, une société filiale qui paie directement une partie du passif de sa mère ou sœur, ou qui rembourse les échéances d'emprunts souscrits par elle. Dans un arrêt rendu le 27 juillet 2012, la Cour d'appel de Paris⁹¹⁸ a estimé que « le transfert d'activité et d'actifs sans contrepartie qui a permis à la société *Muchjitana* de recueillir les éléments d'actifs essentiels de la société Les Bulles d'Or et de poursuivre son activité en lui abandonnant le passif démontre à suffisance la confusion de patrimoine entre ces deux entités et justifie l'extension de la procédure collective ». Dans un autre arrêt de la Cour de cassation⁹¹⁹ rendu le 17 septembre 2012, la confusion de patrimoine entre deux sociétés a été déduite du fait que l'une (dite *Promoval*) avait transféré à l'autre (dite *SCI Les Romans de la Salette*) une partie de ses ressources. Approuvant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence pour avoir constaté l'existence de cette confusion, la Cour de cassation a déclaré qu'« après avoir relevé que la société *Promoval* avait financé plus de 35 000 000 de francs de travaux, dont près de 19 000 000 de francs restaient impayés, la cour d'appel a constaté que : cette société avait donné à bail commercial l'ensemble de ses droits découlant des baux

⁹¹⁵ Cf. supra, n° 267 et s.

⁹¹⁶ Voir dans le même sens : D. Robine et J. Marotte, *L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés, note sous cassation (com) 19 avr. 2005, Rev. Soc. 2005, p.897.*

⁹¹⁷ Cass. Com. 3 avr. 2001, n°98-16.070.

⁹¹⁸ CA Paris - pôle 05 ch. 08 - 12/02684, 27 juill. 2012.

⁹¹⁹ Cass. com. 17 sept. 2012, n°99-16.654, Inédit.

emphytéotiques à une autre société (...), qu'elle avait délégué l'ensemble des loyers dus par le locataire gérant à la SCI, créancière d'une somme de 840 000 francs au titre de l'emphytéose ; (...) que le coût des travaux ne pouvait justifier la différence exorbitante des loyers stipulés, le loyer prévu en faveur de la SCI, (...) que la société *Promoval* s'était progressivement dépouillée de l'essentiel de ses droits et ressources au profit de la SCI de sorte qu'elle ne pouvait plus faire face à ses charges, autres que locatives, et au remboursement de ses dettes à court terme ; qu'elle en a déduit qu'instrument dès l'origine de l'enrichissement de la SCI (...), la société *Promoval* avait sciemment transféré une part des ressources indispensables à sa survie à la SCI au détriment de ses créanciers ; que par ces motifs caractérisant des flux financiers anormaux constitutifs de la confusion des patrimoines, la cour d'appel (...) a légalement justifié sa décision ».

483. En outre, il arrive souvent dans le cadre de groupes qu'une société mère ou filiale s'engage à souscrire les contrats d'assurance pour couvrir les risques du personnel, des usines ou des activités d'une ou de l'autre des sociétés. Dans un arrêt rendu en avril 2001, la Cour de cassation mentionne plusieurs indices pour établir l'existence d'une confusion de patrimoine entre deux sociétés, parmi lesquels celui du transfert d'actif. Elle déclare ainsi que « l'arrêt retient que la société X... a cédé une créance de 100.000 francs à la *SCEA* pour lui permettre de payer ses salariés, ce transfert de fonds révélant l'existence de flux financiers anormaux entre les sociétés (...), la Cour d'appel a légalement justifié sa décision⁹²⁰ ». Dans ce même arrêt, la Cour s'est fondée sur l'utilisation du même papier à en-tête par les deux sociétés confondues et que les opérations étaient enregistrées sur "un brouillard de caisse" commun aux deux sociétés. Dans une autre décision d'avril 1983, la même Cour a pris pour indice le nantissement consenti par une société en faveur d'une autre. Elle considéra les deux sociétés (SA et SCI) comme une seule personne morale en raison de la confusion de leur patrimoine. En effet, elles avaient emprunté à plusieurs reprises des sommes, qui n'avaient pas été réparties entre leurs patrimoines respectifs. L'essentiel de leur capital était détenu par les mêmes personnes et un nantissement sur le fonds de commerce de l'une fut consenti en garantie des opérations de construction effectuées par l'autre⁹²¹.

II- Les indices intrinsèques

484. Cet élément se déduit de la vie interne du groupe de sociétés, c'est-à-dire de

⁹²⁰ Cass. com. 3 avr. 2001, n°968.12676.

⁹²¹ Cass. com. 19 avr. 1983 : *BRDA*, 13/83, p. 11.

différents rapports financiers et administratifs existant entre les sociétés membres du groupe. La juridiction du fond comme celle de cassation retiennent plusieurs indices caractérisant la confusion de patrimoine. Ainsi, la communauté d'associés et de dirigeants est souvent considérée comme révélatrice de la confusion, notamment dans les groupes dits «personnels». La Cour d'appel de Paris⁹²² a retenu dans un arrêt la confusion de patrimoine du fait que les propriétaires de la totalité du capital social de la première société détenaient la moitié du capital de la seconde et qu'il existait une totale imbrication financière entre ces deux sociétés dont l'une réglait les paiements pour le compte de l'autre.

Soulignons aussi que la confusion de patrimoine peut être déduite de l'absence d'une comptabilité particulière de la filiale en cause : les créanciers de celle-ci adressent leurs factures à l'autre société mère ou sœur. La Cour de cassation⁹²³, illustrant cette hypothèse, vient de déclarer que : « Mais attendu que l'arrêt relève (...) qu'il n'y avait pas de comptabilité, que les créanciers de la SARL adressent leurs factures à la SCI car ils ne pouvaient pas faire la différence entre les deux entités juridiques, que la SCI avait mis pendant plus de trois ans ses immeubles à la disposition de la SARL sans contrepartie (...), la Cour d'appel qui a fait ressortir l'existence de flux financiers anormaux entre les deux sociétés, a, en retenant la confusion de leurs patrimoines légalement justifié sa décision ».

De même, l'existence de rapports contractuels imbriqués et déséquilibrés entre des sociétés membres d'un groupe constitue un autre indice reconnu souvent par la juridiction. Un arrêt de cassation⁹²⁴ a jugé confondus les patrimoines d'une société civile immobilière et d'une société commerciale. La SCI, ayant perçu des loyers excessifs pour l'immeuble loué à la société commerciale, était restée propriétaire des travaux effectués par celle-ci et n'avait pas réclamé les loyers quand la société commerciale a cessé de les verser.

485. Mais pour autant, il doit être souligné que les rapports contractuels entre sociétés affiliées d'un groupe ne peuvent constituer un indice de confusion lorsqu'il existe une convention de trésorerie régissant ce groupe⁹²⁵. Récemment, la Cour d'appel de Caen a réaffirmé clairement cette réalité : elle a refusé l'extension de la procédure collective pour cause de confusion, précisant que les rapports entre les sociétés membres du groupe «étaient réalisés en vertu de conventions de trésorerie très précises⁹²⁶». Comme un auteur

⁹²² CA. Paris, 15/4/1988. *Rev. Soc.* 1988, p436, note A. Honorat.

⁹²³ Cass. com. 4 juill. 2000, n° 97-15. 156. inédit ; *RJDA*, 1/2001, n°36.

⁹²⁴ Cass. com. 7 janv. 2003, n°38 : *RJDA* 6/03, n°609.

⁹²⁵ Voir la notion et les conditions de validité des conventions de trésorerie, supra, n° 104 et ss.

⁹²⁶ CA. Caen. ch. 01 SECT. civile et commerciale, 8 Juill. 2011, n°11/01243.

l'a fait remarquer⁹²⁷, « la confusion de patrimoine ne procède pas tant de la convention de trésorerie elle-même que des fautes de gestion commises durant son exécution et qui tiennent principalement au défaut de comptabilisation des transferts de trésorerie entre ces sociétés ». Mais, si la convention de trésorerie a permis des flux financiers anormaux ou une confusion des comptes, découlant des transferts indus de fonds, la confusion de patrimoine ne sera pas exclue pour la seule existence de cette convention. Autrement dit, c'est la volonté systématique de porter atteinte à l'autonomie patrimoniale de la filiale qui caractérise la confusion de patrimoine.

486. Soulignons en revanche qu'aucun des indices extérieurs ou intérieurs de la confusion de patrimoine n'est suffisant pour entraîner cette qualification en l'absence d'un état réel de confusion⁹²⁸. Selon la jurisprudence prépondérante, celle-ci ne peut pas résulter de la simple identité des dirigeants, ni de l'enrichissement de l'un des groupements au détriment de l'autre, ni de la communauté du siège social ou de la centralisation des moyens⁹²⁹. En ce sens, il a pu être retenu que la présence de dirigeants, d'associés communs et l'identité des sièges sociaux ne suffisent pas à caractériser l'existence d'une confusion de patrimoine d'une société commerciale et de quatre sociétés civiles dès lors que les rapports financiers de ces sociétés se limitaient à la perception par les sociétés civiles des loyers des immeubles qu'elles avaient loués, dans des conditions apparemment normales, à la société commerciale⁹³⁰. Dans une décision rendue le 30 août 2012, la Cour d'appel de Grenoble⁹³¹ a relevé que « Ni la présence de dirigeants ou d'associés communs, ni l'existence d'une communauté d'intérêts économiques et financiers entre deux sociétés ne suffisent à caractériser une situation de confusion des patrimoines. L'extension d'une procédure collective sur ce fondement (confusion de patrimoine) suppose en effet qu'au delà d'une interdépendance, même étroite, soit rapportée la preuve de flux financiers anormaux créant un état d'imbrication des patrimoines tel qu'il ne soit plus possible de distinguer les masses actives et passives propres à chacune des entités ».

⁹²⁷ A. Bienvenue, *Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés*, LexisNexis, 2011, n°547, p. 456.

⁹²⁸ Voir encore B. Grimonprez, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, *revue des sociétés*, 2010, n°8, p.715 : « la jurisprudence ne se contente pas de liens, même étroits, entre les sociétés. L'identité des associés ou des dirigeants, voire un siège social commun, sont insuffisants pour caractériser la confusion de patrimoines ».

⁹²⁹ Cass. com. 26 janv. 2006, n°08-70.369 ; voir encore : CA Aix-en-Provence - ch. 08 A - 10/02995 - 30 juin 2011 « Attendu que ni la présence de dirigeants ou d'associés communs, ni l'existence d'une communauté d'intérêts économiques et financiers entre deux sociétés ne suffisent à caractériser une situation de confusion des patrimoines ».

⁹³⁰ CA. Paris 21 déc. 1982. BRDA 1983, n°8, p20. Voir, Cass. Com. 14 mars 1995 : JCP E 1995, pan., p 609.

⁹³¹ CA Grenoble, ch. com. 12/00432, 30 août 2012.

487. Suivant la même logique, la Cour de cassation⁹³² a censuré une Cour d'appel qui avait étendu à une SCI la procédure collective ouverte à l'égard d'une SARL sur le fondement de la confusion de patrimoine. Elle a considéré que l'identité commune du dirigeant, la complémentarité des objets sociaux, l'interdépendance et l'intégration des activités ainsi que l'étroitesse des liens financiers existant entre celles-ci, ne sont pas suffisantes lorsque chacune des entités du groupe possède un patrimoine personnel bien identifié et une vie économique autonome. Les rapports financiers entre les deux sociétés avaient l'apparence de la normalité, et on ne pouvait justifier en quoi la participation de ces sociétés à un groupe à concentration verticale constituait, en elle-même, preuve de la confusion de patrimoine. Dans une autre affaire, la même Cour⁹³³ a désapprouvé une Cour d'appel d'avoir déduit la confusion de patrimoine du fait que les salariés travaillaient indifféremment dans plusieurs sociétés du groupe, (utilisant les matériels de l'une et de l'autre), mais sans établir l'existence réelle de confusion de patrimoine. Elle a précisé ainsi que « la société *Maurice X...* s'acquittait des factures de téléphone des salariés de la société *Mafi Construction* tandis que celle-ci réglait le carburant de la société *Maurice X...*, et enfin que les charges des deux entreprises étaient payées par l'une et par l'autre, ce dont il résultait la réciprocité des engagements des deux sociétés ; qu'en en déduisant dès lors l'existence d'une confusion des patrimoines entre ces deux personnes morales, sans expliquer en quoi ces éléments ne relevaient pas de la simple réciprocité des engagements financiers de celle-ci, exclusive de toute confusion des patrimoines, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 621-2, alinéa 2 du Code de commerce⁹³⁴ ».

488. En ce même sens, la Cour de cassation⁹³⁵ a reproché à une Cour d'appel⁹³⁶ d'avoir

⁹³² Voir, *Cass. com.* 25 mars 1995. *Dr. Société* 1997, com. 125 ; 25 juin 1995, n° 93-II. 264.

⁹³³ *Cass. Com.* 16 juin 2009, n° 08-15.883.

⁹³⁴ Voir encore : *CA. Toulouse, ch. 02 SECT. 02, 09/00416, 22 févr. 2011* qui a infirmé un jugement issu du tribunal de commerce de Toulouse étant donné qu'il a conclu la confusion des patrimoines entre deux sociétés de la prise en charge de certaines dépenses personnelles de l'une par l'autre. Selon la Cour d'appel cette prise « n'est pas de nature à établir des relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoines entre cette société et la société jardin ». Elle a rejeté la demande d'extension de procédure fondée sur la confusion malgré le fait qu'elle ait condamné le gérant de la société en cause d'avoir commis le délit d'abus de biens sociaux ; *CA Versailles, ch. 13, 10/08378, 24 mars 2011*. Aux termes de cette décision : « même s'il n'est pas contestable que des liens très étroits existaient entre les trois sociétés et qu'une certaine confusion a pu être entretenue entre les sociétés *SODEMA* et *Anagramme Editions*, toutes deux dirigées par *M. R. qui en était le gérant, ces faits ne peuvent établir, en eux-mêmes, la confusion des patrimoines* ».

⁹³⁵ *Cass. Com.*, 19 avr. 2005, n° 05-10.094, *Facques c/ Theetten* : *JurisData* n° 2005-028189 ; *Bull. civ.* 2005, IV, n° 92 ; *Rapp. Cass.* 2005, *La documentation française*, 2006, p. 305 ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 133, obs. J.-P. Legros ; *D.* 2005, act. jurispr. p. 1225, obs. A. Lienhard ; *JCP G* 2005, II, 10088, note O. Bouru et M. Menjucq. - B Rolland, *Metaleurop* : L'extension de procédure entre fictivité et confusion de patrimoines : *JCP E* 2005, 721 s.

constaté la confusion de patrimoine entre deux sociétés sans expliquer en quoi ces éléments ne relevaient pas de la simple réciprocité des engagements financiers de celles-ci, exclusive de toute confusion. La Cour d'appel avait à tort retenu l'existence de la confusion de patrimoine entre la société mère d'un groupe de métallurgie en liquidation judiciaire et sa filiale en relevant les indices suivants : la prise en charge du risque de change par la société mère, qui avait entraîné pour elle un manque à gagner important, n'avait été couverte par une convention qu'au bout de cinq ans ; l'organisation au sein du groupe de lignes de produits ne s'était pas traduite par un ajustement des conventions de « refacturation » de service intra-sociétés ; la filiale avait ainsi supporté la charge de deux de ses salariés qui exerçaient des fonctions de conseiller technique et de contrôleur de gestion pour l'ensemble du groupe tandis que son autonomie décisionnelle était particulièrement réduite en raison de la prise en charge par un salarié d'une autre société du groupe de la direction d'une ligne de produits fabriqués par elle sans qu'aucun accord ne précise les modalités de mise à disposition de ces salariés ; après l'abandon de cette organisation, c'est la société mère qui avait fait face aux besoins de trésorerie de la filiale ; les échéances de remboursement d'un prêt à long terme consenti par la société mère à la filiale avaient été reportées de deux ans et le défaut de paiement de la première échéance ainsi reporté n'avait provoqué aucune réaction particulière de la part de la société-mère. Malgré la rétention de ces nombreux indices par la Cour d'appel, cet arrêt a été cassé, car il a été fondé sur la confusion de patrimoine entre les sociétés en cause sans expliquer en quoi les éléments évoqués « révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société-mère avec celui de sa filiale ». Autrement dit, selon la Cour de cassation, toute anomalie dans les relations intra-groupe n'est pas synonyme de confusion de patrimoine. Le danger est d'admettre trop facilement la confusion de patrimoine⁹³⁷.

489. En somme, les indices extrinsèques et intrinsèques doivent caractériser l'existence

⁹³⁶ CA. Douai, 16-12-2004, n°03-233 ; RJDA 5/05 n°587.

⁹³⁷ Voir encore Cass. Com. 08-15.883, 16 juin 2009. Reprochant à une Cour d'appel d'avoir nié l'existence d'une confusion de patrimoines entre deux sociétés, la Cour de cassation a indiqué dans ses motivations que « Alors que seules des relations financières anormales entre deux personnes morales caractérisent une imbrication des éléments d'actif et de passif révélatrice d'une confusion de patrimoines ; que pour retenir une telle confusion entre les sociétés MAFI CONSTRUCTIONS et MAURICE X..., la cour d'appel s'est bornée à relever que des salariés de MAFI CONSTRUCTIONS travaillaient également pour la société MAURICE X..., que celle-ci payait les factures de téléphone de ces salariés et bénéficiait des cartes de carburant de la société MAFI CONSTRUCTIONS, laquelle enfin était débitrice à l'égard de la société MAURICE X... d'une somme de 400.000 euros que cette dernière n'avait pas déclaré au passif ; qu'en se déterminant par ces circonstances de fait insusceptibles de caractériser l'existence de relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoines, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 621-2, alinéa 2, du code de commerce ».

de flux, ou, plus largement, de relations financières anormales, lesquelles doivent être d'une certaine importance et d'une certaine durée⁹³⁸. En effet, et comme l'écrit à juste titre T. Gautier⁹³⁹, l'existence de cette confusion implique que les rapports financiers entre les sociétés en cause révèlent une imbrication non justifiée par l'existence de relations financières normales. Si ces rapports s'inscrivent dans le cadre d'engagements réciproques et comportent pour chacune une contrepartie équitable, la situation de confusion ne peut pas être prouvée. La question ne doit donc pas porter sur le nombre des indices que le juge relève pour dégager la confusion de patrimoine, mais *a priori* sur l'état concret de cette confusion⁹⁴⁰. Par ailleurs, doit être mise en évidence la différence que la jurisprudence fait entre la confusion de patrimoine et la confusion des intérêts et de direction. Seule la première implique l'extension de procédure collective. La théorie de la confusion d'intérêt ou de direction a, en effet, été conçue pour établir l'existence du co-employeur des salariés d'une filiale et leur offrir un recours supplémentaire en s'adressant à la société-mère.

⁹³⁸ CA. Orléans, Ch. com., 20 janv. 2011, n° 10/01464.

⁹³⁹ T. Gautier, *op. cit.*, n°724, p.463.

⁹⁴⁰ Cf. CA Versailles ch. 13, 10/07901, 03 mars 2011 «...il n'est pas nécessairement requis que ces relations financières anormales s'accompagnent d'une imbrication des masses actives et passives des patrimoines des entités concernées...».

Section II : Les effets de la confusion de patrimoine

490. Comme déjà expliqué, la seule dépendance de la filiale à l'égard de la société mère ne peut aucunement caractériser une confusion de patrimoine. Elle ne traduit pas l'existence de relations financières anormales ou la confusion des comptes. Il s'ensuit qu'en cas de cessation des paiements par la filiale, aucune solution de redressement ou de liquidation judiciaire n'est envisageable à l'échelle du groupe⁹⁴¹. De plus, lorsque la cessation des paiements se constate dans plusieurs sociétés, la procédure ouverte à l'encontre de chacune se déroule de façon autonome et obéit à des conditions spécifiques produisant des effets qui lui sont propres. Il a été jugé⁹⁴² en ce sens qu'« en l'absence de confusion des patrimoines, le tribunal compétent doit, après avoir constaté l'état de cessation des paiements de chacune des personnes exploitant en commun un fonds de commerce, ouvrir autant de procédures distinctes que de personnes »⁹⁴³.

Cependant, la situation de la confusion de patrimoine se révèle lorsque les rapports financiers et économiques entre les sociétés liées au groupe sont tellement enchevêtrés qu'il est impossible de dissocier les différents patrimoines ou de distinguer les différents comptes. Ainsi, la confusion de patrimoines entraîne des effets très importants sur les sociétés en cause ainsi que sur leurs dirigeants. Il s'agit tout autant des effets civils – consistant en l'extension de la procédure collective de la filiale à ses dirigeants ou aux autres sociétés de son groupe – que des effets pénaux, relatifs aux sanctions qu'encourent les dirigeants abusant des biens sociaux.

⁹⁴¹ Voir B. Grimonprez, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, *revue des sociétés*, 28/01/2010, p.715

⁹⁴² Cass. com. 15 mars 2005. Bull., civ. IV, n°55. Voir aussi, CA. Paris 29-3-1979 : *Gaz. Pal* 1980 p.33. Dans cette dernière décision, et à l'occasion d'une procédure de mise en règlement judiciaire de trois sociétés sœurs, la Cour d'appel de Paris a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'étendre le règlement judiciaire de deux sociétés à la troisième dès lors que celle-ci avait par rapport aux deux autres, une existence propre, un patrimoine distinct, une comptabilité régulière et une activité autonome.

⁹⁴³ Dans le même sens : Y. Guyon, *La société-mère n'est pas, en principe, tenue des dettes de sa filiale*, *Revue des sociétés* 1990, p. 449 ; Y. Guyon, *Conditions de l'extension d'une procédure collective à l'égard des sociétés d'un même groupe*, note sous cassation (com), 5 avr. 1994, *Rev. Soc.* 1994, p.318 : « le groupe ne peut pas en tant que tel être mis en redressement ou en liquidation judiciaire faute de jouir de la personnalité morale. Seules les sociétés qui le composent peuvent faire l'objet de cette procédure ».

Sous-section I : Les effets civils de la confusion de patrimoine

491. Une fois la situation de confusion relevée, les patrimoines des sociétés en cause doivent répondre à titre conjoint et solidaire des créances des tiers. Cette responsabilité se traduit en réalité par l'extension de la procédure collective à l'ensemble des sociétés ayant patrimoines confondus. L'extension vise pour l'essentiel ces sociétés, mais peut également intéresser leurs dirigeants, personnes physiques ou morales. Il est en effet courant qu'une filiale soit dirigée par une ou plusieurs sociétés de son groupe, et qu'elle entretienne avec elle(s) des rapports financiers anormaux. La procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire peut alors être élargie et généralisée à toutes les sociétés.

A cet égard, il convient d'envisager dans un premier temps l'extension de procédure collective à l'encontre d'une société non-dirigeante et d'analyser ensuite l'extension de cette procédure à l'égard d'une société exerçant des fonctions de direction.

I- L'extension de procédure collective à une société non-dirigeante

492. L'extension de procédure collective d'une filiale à une autre, ou d'une filiale à la société mère, considérée comme le terrain d'élection de la confusion des patrimoines, vise pour l'essentiel à protéger les créanciers de cette filiale, par l'ouverture d'une procédure unique à l'encontre de plusieurs sociétés de son groupe. Elle permet d'étendre la faillite prononcée contre la filiale à une ou plusieurs autres sociétés, en constituant avec l'ensemble de leurs biens un patrimoine global qui consolide la situation de la filiale et contribue à la défense des intérêts de ses créanciers⁹⁴⁴. Malgré cet avantage, l'extension semble être défavorable aussi bien pour les sociétés que pour leurs créanciers⁹⁴⁵. Elle est préjudiciable à celles-ci qui se trouvent soumises à une procédure collective sans que, pour elles, les critères d'ouverture de la procédure collective ne soient réunis. Elles sont en effet étrangères aux opérations contractuelles passées entre la filiale débitrice et ses créanciers. De même, l'extension paraît d'autre part désavantageuse pour les créanciers des sociétés

⁹⁴⁴ Y. Guyon, *Conception stricte de la confusion des patrimoines, cause d'extension d'une procédure collective*, note sous cassation (com), 10 déc. 2002, *revue des sociétés* 2003, p.151 « L'extension est profitable aux créanciers de la société mise en redressement ou en liquidation judiciaire car elle leur donne le droit de se payer sur les actifs de la seconde [la société cible de l'extension] » ; M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°1501, p.622.

⁹⁴⁵ D. Robine et J. Marotte *L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés*, Note sous Cour de cassation (com.) 19 avr. 2005, M. Denis Facques c/ M. Theetten, *Rev. Soc.* 2006, p.897 : « L'extension de procédure est de prime abord étonnante pour le juriste français. Elle consiste en effet à faire comme si deux personnes, ou plus, n'avaient qu'un seul patrimoine commun, de sorte notamment que l'ensemble des actifs répond de l'ensemble des passifs ».

cibles de la procédure, puisqu'ils entrent en concurrence avec les créanciers de la filiale débitrice⁹⁴⁶.

493. Néanmoins l'extension de procédure collective constitue aujourd'hui un régime juridique introduit en droit français par la loi du 25 janvier 1985, (codifiée en 2005 par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, article 15). Elle est désormais prévue à l'article 621-2 du Code de commerce selon lequel : « Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur est commerçant ou immatriculé au répertoire des matières. Le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas. S'il se révèle que la procédure ouverte doit être étendue à une ou plusieurs autres personnes, le tribunal initialement saisi reste compétent. La procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale ». Cette disposition, afférente à la procédure de sauvegarde, est applicable par renvoi à la procédure de redressement et à celle de liquidation (C. com. art. L.641-1 et L. 631-7).

L'analyse de cet article suppose d'étudier l'unicité de la procédure collective, les conditions de fond, le tribunal compétent, et la personne habilitée à solliciter l'extension de procédure collective.

A- L'unicité de procédure collective

494. Selon le principe d'unicité de procédure collective, « alors qu'apparemment il existe plusieurs personnalités juridiques, il n'y aura place à ouverture que d'une seule procédure collective⁹⁴⁷ ». En application de ce principe dans le cadre du groupe, l'effet produit par la confusion de patrimoine consiste à mettre en œuvre une procédure unique pour l'ensemble des sociétés parties à cette confusion⁹⁴⁸. Les actifs et les passifs de ces sociétés sont fusionnés de telle manière qu'il ne subsiste en fait qu'un seul patrimoine commun⁹⁴⁹. De même, l'unicité procédurale implique également que tous les créanciers, sans distinction de l'origine de leurs créances, seront regroupés dans un seul état du passif,

⁹⁴⁶Voir encore, B. Grelon et C. Dessus-Larrivé, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, revue des sociétés, 2006, n°3, p.281.

⁹⁴⁷P-M. Le Corre, *Le sort des créances en cas d'extension d'une procédure collective*, Recueil Dalloz 2002 p. 1122.

⁹⁴⁸J-P. Legros, *unicité de procédure, confusion des patrimoines ou fictivité*, dr. soc. n° 2, févr. 2005, comm. 28 : « La théorie de la confusion des patrimoines aboutit à la reconstitution d'un patrimoine unique (qui ne constitue pas pour autant une indivision) ».

⁹⁴⁹P.M. Le Corre, *Le sort des créances en cas d'extension d'une procédure collective*, Recueil Dalloz 2002 p. 1122. Selon F. Reille (*op. cit.*, n°434, p. 377), cette conséquence se heurte au principe traditionnel s'appliquant au droit des entreprises en difficulté qui « consiste à ne placer sous une procédure collective qu'une seule personne et, ce faisant, son seul patrimoine, ce que nous avons (écrit-elle) synthétisé sous l'équation une personne – un patrimoine – une procédure collective ».

tous mis en concours et traités suivant le principe d'égalité. Les créanciers d'une filiale sans actif trouveront évidemment avantage à l'unité de procédure dans la mesure où ils peuvent tirer profit de la solvabilité d'une autre société partie de la procédure⁹⁵⁰. Mais comme l'a pu souligner A. Martin-Serf, il existe en l'occurrence un inconvénient : les créanciers de la société dont l'actif était substantiel vont pâtir de l'unité de procédure s'ils doivent subir la concurrence des créanciers de la filiale impécunieuse⁹⁵¹. En d'autres termes, l'extension de la procédure collective conduit les créanciers de l'ensemble des sociétés en cause à être en concours sur un gage commun constitué par les actifs de ces sociétés. « Du jour au lendemain, le créancier d'une société parfaitement solvable peut ainsi se voir imposer le statut peu envieux de créancier chirographaire d'une société en liquidation judiciaire⁹⁵² ».

495. De plus, pour pouvoir profiter de ce régime, tous les créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure collective doivent, en principe, se soumettre à la discipline qui en résulte, ce qui les oblige notamment à déclarer leur créance⁹⁵³. Cette déclaration s'impose à tous les créanciers : ceux dont le droit est né durant l'exécution du plan résolu, et ceux dont le droit est né au cours de la période d'observation de la première procédure, fussent-ils bénéficiaires du privilège de procédure⁹⁵⁴. L'unicité procédurale implique que la déclaration faite entre les mains du représentant des créanciers de la filiale débitrice vaut pour n'importe quelle société du groupe dont les patrimoines ont été confondus avec cette dernière⁹⁵⁵. Autrement dit, les juges du fond n'ont pas l'obligation d'ouvrir autant de procédures collectives distinctes que les sociétés appartenant à la confusion.

Pour autant, il doit être souligné qu'il ne revient ni aux créanciers ni aux dirigeants de la filiale débitrice de demander en justice l'extension de la procédure collective aux sociétés parties de la confusion. Selon l'article 621-2 du Code de commerce « à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office, la

⁹⁵⁰ Voir, A. Martin-Serf, *Société – constitution de la société : consentement des parties – sociétés fictives et frauduleuses*, *JurisClasseur Commercial*, Cote : 05, 2012, 30 déc. 2011, n°193.

⁹⁵¹ *Idem.*

⁹⁵² R. Dammann, *Les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité*, *Rev. Lamy Droit des affaires*, p. 16.

⁹⁵³ Voir en ce sens : *Cass. com.* 1^{er} oct. 1997, *Dalloz Affaires* 1997, p. 1222 ; *Bull. Joly* 1997, p. 1087, note J.-J. Daigre ; 17 févr. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 75 ; *Dalloz Affaires* 1998, p. 426, obs. A. L. ; *Petites affiches*, 12 juin 1998, n° 70, p. 22, note B. Soinne ; *Bull. Joly* 1998, p. 658, note P. Pétel. *Contra* *CA Paris*, 28 mars 1999, *RJDA* 1999, n° 1226.

⁹⁵⁴ M. Cabrillac et PH. Pétel, *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, *JCP E G*, n° 15, 8 avr. 2009.

⁹⁵⁵ J-P Legros, *Déclaration de créances, dr. soc.* n° 7, juillet 2002, *comm.* 133 ; *Cass. com.*, 1^{er} oct. 1997 : *RJDA* 3/1998, n° 311, p. 219 ; *D. aff.* 1997, p. 1222 ; *Bull. Joly* 1997, [§ 392], p. 1087, obs. J.-J. Daigre.

procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. A cette fin, le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent ». La Cour de cassation affirma dans un arrêt⁹⁵⁶ que « l'action tendant à l'extension de la procédure collective d'une personne à une autre sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité d'une personne morale n'est pas ouverte aux créanciers ⁹⁵⁷ ». La Cour d'appel de Paris a également rendu une décision récente⁹⁵⁸ qui affirme cette même interdiction : « l'action tendant à l'extension d'une procédure collective d'une personne morale à une autre sur le fondement de la confusion des patrimoines et de la fictivité d'une personne morale, sur le fondement de l'article L. 621-2 du même code, n'est pas ouverte aux créanciers⁹⁵⁹ ».

On comprend difficilement la logique de cette règle restrictive. En effet, il est certain que les créanciers de la filiale débitrice disposent d'un intérêt indiscutable à la demande de l'extension de procédure collective aux autres sociétés appartenant à la confusion. Cette critique vaut également pour les dirigeants de la filiale débitrice qui s'intéressent davantage à cette demande pour éviter que leur société fasse faillite.

496. Par ailleurs, la jurisprudence exige que les sociétés placées sous une procédure unique pour confusion de patrimoine, se doivent d'appliquer une solution unique. En juin 1998 la Cour de cassation⁹⁶⁰ a affirmé que « la constatation de la confusion des patrimoines emportait unicité de la procédure et que le plan de redressement commun aux trois sociétés ne pouvait pas être divisément résolu ». Plus récemment, la même Cour⁹⁶¹ relève « qu'en vertu du principe de l'unicité de l'instance posé à la fois par l'ancien article L. 621-5 du code de commerce issu de la loi du 25 janvier 1985 et par l'article L. 621-2 du même code

⁹⁵⁶ Cass. Com. 15 mai 2001, n° 98-14.560, Bull 2001 IV N° 91 p. 86 ; Cass. Com. 99-12.776, 17 févr. 2002

⁹⁵⁷ Voir encore, Cass. Com. 98-21.730 - 28 mai 2002 : « le dirigeant d'une société, mise en redressement ou liquidation judiciaire, auquel la procédure collective a été étendue, n'a pas qualité, même à titre de garantie, pour demander l'extension de cette procédure à un tiers ».

⁹⁵⁸ CA Paris, P. 01, ch. 02-10/23577, 16 mai 2012.

⁹⁵⁹ Voir aussi, CA Montpellier, ch. 02 - 09/07535 - 22 févr. 2011 : « l'action prévue à l'article L. 621-2, alinéa 2, du code de commerce (dans sa rédaction, applicable en la cause, antérieure à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 déc. 2008), auquel renvoie l'article L. 641-1 n'est pas ouverte aux créanciers ».

⁹⁶⁰ Cass. com. 96-19.997, 23 juin 1998.

⁹⁶¹ Cass. com. n° 08-14.831, 16 juin 2009 ; Voir encore, Cass. com. 10-24.885, 6 déc. 2011 : « Il résulte des dispositions de l'article R. 661-6 1° du code de commerce, dans sa rédaction issue du décret du 12 févr. 2009, que les mandataires de justice qui ne sont pas appelants doivent être intimés. A ce titre, en raison de l'unicité de la procédure de liquidation judiciaire découlant d'une décision d'extension fondée sur la confusion du patrimoine des débiteurs, ceux-ci ont un liquidateur judiciaire unique de sorte qu'il importe peu que le débiteur appelant d'une telle décision n'ait pas précisé en intimant ce liquidateur que celui-ci était aussi intimé en qualité de liquidateur de sa propre liquidation judiciaire ».

issu de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, en cas d'extension de la procédure sur le fondement de la confusion des patrimoines, l'unicité de la procédure collective impose que les sociétés soient placées dans une situation juridique identique ».

Mais pour appliquer cette règle, il faut que la procédure de liquidation initiale ne soit pas clôturée. En effet, selon la haute juridiction, l'extension procédurale ne peut être déclarée par le juge du fond si la liquidation initiale est clôturée. Aux termes d'un arrêt de la Cour de cassation⁹⁶², la procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ne peut être reprise, même si les demandeurs prouvent l'existence d'une fictivité ou d'une confusion des patrimoines entre leur débitrice et les sociétés visées par la demande d'extension.

497. Nous pouvons nous demander si la procédure ouverte à l'encontre d'une filiale peut être étendue à une ou plusieurs autres sociétés qui sont elles-mêmes soumises à une procédure de liquidation judiciaire. Il arrive assez souvent que certaines sociétés d'un même groupe soient soumises à une procédure de liquidation judiciaire avant qu'une autre procédure ouverte à l'encontre d'une filiale ne soit demandée au tribunal d'être étendue à leur encontre pour cause de confusion de patrimoine avec celle-ci. La réponse à cette question semble fournie par l'article L. 640-2 al. 2 (modifié par l'Ord. n° 2010-1512 du 9 déc. 2010, art. 5-1) qui prévoit : « A moins qu'il ne s'agisse de patrimoines distincts d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, il ne peut être ouvert de nouvelle procédure de liquidation judiciaire à l'égard d'un débiteur soumis à une telle procédure tant que celle-ci n'a pas été clôturée, ou à une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire tant qu'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan qui en résulte ».

Le législateur interdit d'ouvrir une procédure collective à l'égard d'une société déjà soumise à une telle procédure. Dans une décision datée du 5 juin 2012, la Cour de cassation⁹⁶³ a reproché à une Cour d'appel d'avoir étendu une procédure collective, pour cause de confusion de patrimoine, d'une SCI à une SARL. Elle a déclaré en ce sens « qu'il ne peut être ouvert de nouvelle procédure de liquidation judiciaire à l'égard d'une personne soumise à une telle procédure tant que celle-ci n'a pas été clôturée ; que l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard d'un débiteur à une autre personne,

⁹⁶² Cass. com. 19 févr. 2002, n°99-12.776 ; Cass. com. 93-15.525 - 11 juill. 1995 - Bulletin 1995 IV N° 208 p. 194 : « une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ne peut, sauf si elle est reprise dans les conditions prévues par l'article 170 de la loi du 25 janv. 1985, être étendue à une autre personne sur le fondement d'une confusion des patrimoines ».

⁹⁶³ Cass. com. 11-17486, 5 juin 2012.

assujettit celle-ci à la procédure collective de celui-là ; que l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire d'un débiteur à une autre personne est dès lors inconciliable avec l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'égard de celle-ci ; qu'en ouvrant dès lors une procédure de liquidation judiciaire à l'égard de la *SCI GOMES NUNES* tout en lui étendant la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'égard de la *SARL AGM CONSTRUCTIONS*, la Cour d'appel a violé l'article L. 640-2 du Code de commerce et le principe d'unicité des procédures collectives ».

Il en va également de même pour la procédure collective ouverte à l'encontre d'une société en liquidation et dont l'extension vise une société en sauvegarde ou en redressement judiciaire. Au sens de l'article 640-2 al. 2, cette procédure ne peut être étendue de la société objet de la procédure initiale à la société cible tant qu'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan qui résulte de la procédure de sauvegarde ou de redressement. La raison en est qu'une extension ou une ouverture de procédure ne peut bouleverser un plan de redressement déjà arrêté⁹⁶⁴, d'autant plus que le jugement adoptant ce plan a créé une situation juridique définitive qui ne peut plus être remise en cause en dehors des cas prévus par la loi, argument qui découle de l'autorité de la chose jugée⁹⁶⁵. La chambre commerciale de la Cour de cassation a nettement confirmé cette règle dans son arrêt du 19 novembre 2003⁹⁶⁶ où elle a déclaré qu'une procédure de liquidation judiciaire « ne peut être étendue, sur le fondement de la confusion des patrimoines, à une autre personne morale en procédure collective si un plan de redressement a été arrêté⁹⁶⁷ ».

⁹⁶⁴ J-P. Legros, *limite à l'extension de procédures*, *dr. soc.* n°5, mai 2002, *comm.* 92.

⁹⁶⁵ A. Mertin-Serf, *Constitution de la société : consentement des parties. – Sociétés fictives et frauduleuses*, *JurisClasseur Commercial*, cote 05, 2012. Voir encore, P Pétel, *obs.* *Sous Cass. Com.*, 4 janv. 2000 : *JCP E* 2000, p 698 - F Aubert et M-C Piniot, *La personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation*, *Mél. P Bézard, éd. Petites Affiches - Montchrestien*, 2002, p. 296.

⁹⁶⁶ *Cass. com.* 19 nov. 2003 : *SARL Gerson et fils et autres c/ Me C Rey, es qual. de liquidateur de la SARL Sofil* : *Juris-Data* n° 2003-021140.

⁹⁶⁷ Depuis longtemps la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est montrée fidèle à cette jurisprudence. Voir, *Cass. com.*, 12 nov. 1991 : *Bull. civ. IV*, n° 343, p 238 ; *Rapp. C. cass.* 2000, p 362 - *Cass. com.* 4 janv. 2000 : *Bull. civ. IV*, n° 3, p 2 - *Cass. com.* 27 nov. 2001 : *Dr sociétés* 2002, *comm.* n° 38 : *Juris-Data* n° 012019 - 5 févr. 2002 ; *cette revue* 2002, *comm.* n° 92. Voir également : *Cass. com.* 5 févr. 2002, *Me Lize, mandataire judiciaire c/ SA Sogemo et autres* : *Juris-Data* n° 2002-012832. Dans cette affaire, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel qui avait suivi la même logique. Il s'agit de la SA *Sogemo* qui a fait l'objet d'une mise en redressement judiciaire, ayant débouché sur un plan de continuation arrêté par jugement en date du 21 septembre 1994. Une décision postérieure du 18 novembre de la même année a décidé la liquidation d'une SARL dite *Sogemo Ouest*. Le liquidateur de cette dernière a alors assigné la SA *Sogemo* afin que la procédure de liquidation lui soit étendue sur le fondement de la confusion de patrimoine. Le tribunal a accueilli cette demande. Mais la Cour d'appel a infirmé le jugement, énonçant (à bon droit – selon la Cour de cassation –) : « qu'une procédure collective, ouverte à l'égard d'une première société, ne peut être étendue à une seconde, sur le fondement de la confusion des patrimoines après que le tribunal a arrêté à l'égard de cette dernière un plan de redressement par voie de cession ou par voie de

Dans son rapport annuel pour l'année 2000, la Cour de cassation relève que l'extension a pour finalité de soumettre à une procédure unique «les personnes qui ont confondu leurs patrimoines ou utilisé la personnalité morale comme fiction» sans «remettre en cause la solution de redressement adoptée pour assurer la sauvegarde de l'entreprise ». Pour être plus précis, on retient que la Cour de cassation limite la possibilité d'exercer l'action en extension de la procédure collective à la période où il n'a pas encore été définitivement statué sur le sort de la société visée par cette extension. Cela veut dire que cette action est irrecevable après l'arrêté d'un plan de continuation ou de cession⁹⁶⁸.

498. Enfin, nous adhérons à l'avis d'un certain nombre d'auteurs qui estiment que le régime d'extension de procédure collective pour cause de confusion de patrimoines n'échappe pas à la critique quant aux lourdes conséquences qu'il introduit à la vie sociétaire et économique. En effet, les sociétés incluses dans un groupe constituent souvent de grandes entreprises réunissant des intérêts multiples et abritant de nombreux salariés. L'existence d'une confusion dans leurs patrimoines ne caractérise pas forcément une insuffisance d'actif susceptible d'entraîner la cessation de paiement de leurs dettes. La critique porte d'autant plus lorsqu'il s'agit d'une confusion de patrimoine entre une petite filiale impécunieuse et sa mère prospère, là où l'extension de la faillite de l'une à l'autre peut être de nature à ruiner le groupe tout entier. Selon cette doctrine, il est plus opportun de mettre à la charge de la société mère, ou plus largement des sociétés ayant patrimoines confondus, la responsabilité des dettes de la société soumise à la procédure initiale de liquidation, au lieu de leur faire supporter de plein droit la faillite prononcée à son encontre⁹⁶⁹.

B- Les conditions de fond

499. L'article 621-2 du Code de commerce précise un problème de compétence et non une question de fond. Il n'évoque la confusion des patrimoines justifiant l'extension de procédure collective que d'une manière générale, laissant à la jurisprudence la mission de déterminer ses conditions de fond. Selon cette dernière, la situation de confusion de patrimoines doit être antérieure au jugement d'ouverture de cette procédure à la filiale débitrice. La juridiction a eu de nombreuses occasions pour réaffirmer cette exigence.

continuation. Voir le commentaire de cette décision, J-P. Legros, *Limite à l'extension de procédures, dr. soc. n°5, mai 2002, comm. 92.*

⁹⁶⁸ Voir également, A. Martin-Serf, *Constitution de la société : consentement des parties. – Sociétés fictives et frauduleuses*, *JurisClasseur Commercial*, cote 05, 2012.

⁹⁶⁹ Voir, Sh. Gannam, *La faillite internationale des groupes de sociétés multinationaux*, *op. cit.*, p.204.

Ainsi, une demande d'extension de procédure collective a été refusée par la Cour de cassation au motif que des flux financiers anormaux s'étaient produits alors que la liquidation judiciaire était déjà ouverte⁹⁷⁰.

500. Il faudra encore déterminer si la cessation des paiements est une exigence pour toutes les sociétés soumises à la procédure collective ou uniquement pour celle débitrice. Selon la jurisprudence la plus répandue, il n'est pas nécessaire que les sociétés visées par l'extension soient en état de cessation des paiements, mais il suffit de constater la confusion entre elles et la filiale débitrice, faisant échec à ses obligations⁹⁷¹. Dans un arrêt rendu le 13 avril 2010, relatif à une SCI ayant patrimoine confondu avec une SA, la Cour de cassation⁹⁷² a décidé que pour l'extension de la procédure collective, le seul critère devait reposer sur la confusion de patrimoine sans que le juge ait à examiner le point de savoir si la société à qui la procédure était étendue était ou non en état de cessation des paiements⁹⁷³.

Lorsqu'il s'agit d'une faillite globalisée à plusieurs sociétés membres d'un groupe, ayant des patrimoines confondus, un arrêt de la Cour de cassation affirma que l'unité de procédure collective commande que la date des paiements soit déterminée à l'échelon du groupe, à partir d'une comparaison entre les dettes et l'actif disponible de l'ensemble des sociétés membres. Il ne convient pas ainsi de procéder, "société par société", à une comparaison entre le passif exigible et l'actif disponible⁹⁷⁴. Dans cet arrêt, la Cour de cassation considéra les sociétés du groupe (au nombre de 12) comme si elles étaient constitutives d'une seule et même entreprise.

D - Le tribunal compétent

501. Le troisième et le quatrième alinéa de l'article 621-2 du Code de commerce disposent que « s'il se révèle que la procédure ouverte doit être étendue à une ou plusieurs autres personnes, le tribunal initialement saisi reste compétent ; (...) le président du tribunal peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du défendeur à

⁹⁷⁰ Cass. com. 28 nov. 2000, n°2039 : *RJDA*, 2/01 n°168.

⁹⁷¹ Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la cessation des paiements se définit comme « l'impossibilité où se trouve l'entreprise de faire face au passif exigible avec son actif disponible », voir : Cass. com., 00-15.316, 00-16.122, 07 janv. 2003 – Bull. 2003 IV N° 2 p. 2.

⁹⁷² Cass. com., 13 avr. 2010, n° 07-17.912, FS-P+B, *Léger c/ CRCA Centre Loire* : *JurisData* n° 2010-003929 ; D. 2010, p. 1073, obs. A. Lienhard.

⁹⁷³ Voir des observations sur arrêt, J-P. Legros, *Confusion de patrimoines : effet, obligation aux dettes des associés*, *Droit des sociétés* n° 8, Août 2010, comm. 169, *Encyclopédies : Sociétés Traité*, Fasc. 41-48 c. LexisNexis SA.

⁹⁷⁴ Cass. Com., 00-15.316, 00-16.122 - 07 janv. 2003 - Bulletin 2003 IV N° 2 p. 2.

l'action mentionnée à ces mêmes alinéas, à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office (loi n° 2012-346 du 12 mars 2012) ». Ce texte ne pose pas de problème lorsqu'il s'agit d'une procédure ouverte à l'encontre d'une filiale française, qui doit être étendue à une ou plusieurs autres sociétés de la même nationalité : le tribunal primitif reste compétent pour prononcer son extension. L'ensemble de la procédure est donc concentré devant un tribunal unique.

502. La question se pose cependant pour les groupes de sociétés multinationaux, s'agissant d'une procédure de liquidation ou de redressement judiciaire ouverte à l'égard d'une filiale nationale, qui devrait être étendue à une ou plusieurs autres sociétés étrangères pour cause de confusion de patrimoines. Elle consiste à savoir si les règles de compétence posées par le droit international privé autorisent l'extension, pour cause de confusion de patrimoines, de la procédure collective ouverte à l'intérieur contre une société dont le siège statutaire (et ainsi le centre des intérêts principaux) est situé à l'étranger. Il est généralement admis par la doctrine que la procédure collective peut englober toutes les sociétés concernées même si elles ont leur siège à l'étranger. Elle ne peut relever que de la compétence d'une seule juridiction, celle du tribunal saisi en premier⁹⁷⁵. En droit français, les règles de compétence territoriale déterminent la compétence internationale du juge.

503. Toutefois, il faut mettre à part le sort des sociétés régies par le règlement n° 1346/2000 qui ne connaît pas la notion de confusion de patrimoine. La Cour de cassation a décidé d'interroger la Cour de justice de Luxembourg. Le liquidateur d'une filiale française, dénommée *Médiasure Internationale*, mise en liquidation judiciaire en date du 7 mai 2007, a sollicité l'extension de cette procédure à la société de droit italien *Rastelli Davide et Cie.* (Ci-après *Rastelli*), en invoquant la confusion de leurs patrimoines. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁹⁷⁶ - sanctionnant les juges du fond qui se sont déclarés incompetents aux motifs que *Rastelli* avait son siège statutaire en Italie et ne possédait aucun établissement sur le sol français - décida de faire droit à cette demande par un arrêt du 2 février 2009, en appliquant l'article L. 621-2 du Code de commerce. La société *Rastelli* fit grief à cette décision en invoquant le règlement européen n°1346/2000 qui donne compétence, pour statuer sur les demandes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, aux tribunaux du lieu du siège social statutaire ,sauf démonstration que ce

⁹⁷⁵ Voir, M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 3^{ème} éd. 2011, Lextenso-éditions, n°480, p.475.

⁹⁷⁶ Aix-en-Provence, 12 févr. 2009, *Rev. crit. DIP* 2009. 766, note D. Bureau.

siège n'est pas le centre des intérêts principaux de la société. La société de droit italien soutint parallèlement qu'une mesure d'extension aurait à son égard le même effet que l'ouverture d'une procédure collective. Elle en conclut que le juge français dans le ressort duquel elle n'avait aucun actif ni aucun établissement, même secondaire, ne pouvait être compétent ni pour ouvrir ni pour étendre à son encontre une telle procédure.

504. Hésitant quant à la position à adopter, la Cour de cassation a préféré solliciter, par son arrêt du 13 avril 2010⁹⁷⁷, la Cour de justice de l'Union européenne. Elle a renvoyé deux questions : « 1) Lorsqu'une juridiction d'un État membre ouvre la procédure principale d'insolvabilité d'un débiteur, en retenant que le centre de ses intérêts principaux est situé sur le territoire de cet État, le règlement [...] s'oppose-t-il à l'application par cette juridiction d'une règle de son droit national lui donnant compétence pour étendre la procédure à une société dont le siège statutaire est fixé dans un autre État membre, sur le seul fondement de la constatation d'une confusion des patrimoines du débiteur et de cette société?

2) Si l'action aux fins d'extension doit s'analyser comme l'ouverture d'une nouvelle procédure d'insolvabilité, subordonnée, pour que le juge de l'État membre initialement saisi puisse en connaître, à la démonstration que la société visée par l'extension ait dans cet État le centre de ses intérêts principaux, cette démonstration peut-elle découler du seul constat de la confusion des patrimoines? ».

La Cour de justice de l'Union européenne a apporté le 15 décembre 2011 une réponse très protectrice des principes du règlement. Face à la première question, elle s'est prononcée contre les extensions à des sociétés étrangères sur le seul fondement d'une confusion de patrimoines. Elle a déclaré en ce sens qu'« une juridiction d'Etat membre qui a ouvert une procédure principale d'insolvabilité à l'encontre d'une société, en retenant que le centre des intérêts principaux de celle-ci est situé sur le territoire de cet Etat, ne peut étendre en application d'une règle de son droit national, cette procédure à une deuxième société dont le siège statutaire est situé dans un autre Etat membre, qu'à la condition qu'il soit démontré que le centre des intérêts principaux de cette dernière se trouve dans le premier Etat membre ».

Face à la seconde, elle s'est opposée à un renversement automatique de la présomption de localisation du centre des intérêts principaux au lieu du siège statutaire qui

⁹⁷⁷ Cass. Com. 13 avr. 2000, n°C 09-12642.

ne se baserait, là aussi, que sur le simple constat de confusion. Selon la Cour, « il est nécessaire, pour renverser la présomption, qu'une appréciation globale de l'ensemble des éléments pertinents permette d'établir que, de manière vérifiable par les tiers, le centre effectif de direction et de contrôle de la société visée par l'action aux fins d'extension se situe dans l'État membre où a été ouverte la procédure d'insolvabilité initiale⁹⁷⁸ ».

505. Par ailleurs, la loi n° 2012-346 du 12 mars 2012 (relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet) a introduit un troisième alinéa à l'article L. 621-2 du Code de commerce. Ce nouvel alinéa permet au président du tribunal qui prononce l'extension de procédure collective d'ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du défendeur à cette extension. Cette mesure est décidée à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministre public ou d'office. Elle s'adresse aux hypothèses de confusion de patrimoines et de fictivité dans les procédures de sauvegarde (par l'effet de la modification de l'article L. 621-1) mais aussi par renvoi à celle de redressement (C. com. art. L. 631-7) et de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-1)⁹⁷⁹. Cette réforme a une importance manifeste dans les groupes de sociétés qui constituent un terrain de prédilection pour la confusion de patrimoines. En effet, dès lors que le tribunal ordonne cette mesure, la société mère ou sœur, objet de l'extension de procédure collective, ne peut plus organiser son insolvabilité⁹⁸⁰. Mais, comme J-P Legros l'a fait observer, « cette mesure conservatoire ne sera pas de nature à éviter le comportement de la société mère qui « assèche » la trésorerie de sa filiale avant l'ouverture

⁹⁷⁸ Voir, CJUE, 1^{re} ch., 15 déc. 2011, aff. C-191/10, *Rastelli Davide e C. Snc c/ J.-C. H.* ; JCP E 2011, act. 687 ; Y. Paclot et D. Poracchia, *Conditions de l'extension d'une procédure d'insolvabilité, ouverte en France, à une société dont le siège est en Italie*, JCP E 2012/5, 1088 ; Rev. Société 2012, p 3, note Ph. Roussel Galle ; JCP E 2012, 1227, n°1, obs. P. Pétel ; Bull. Joly Entreprises en difficulté, 2012, [§ 53], p 117, note L-C Henry ; Bull. Joly Sociétés 2012, [§ 138], p 240, note J-E Kuntz et V. Nurit ; Act. Pr. Coll. 2012/1, comm. n° 17, obs. J. Vallansan ; M. Menjucq, *L'arrêt Rastelli de la CJUE : un arrêt en trompe-l'œil sur l'extension de procédure*, Rev. Pr. Coll. 2012/1, Etude n 8, p 11 – E. Amri et S. Jebbour, *L'incompatibilité du mécanisme d'extension de procédure collective pour cause de confusion des patrimoines avec le règlement n° 1346/2000*, RLDA 2012/69, n° 3907, p 21 s.

⁹⁷⁹ V. Ph. Roussel Galle, *La loi Petroplus : quelques réflexions... avec un peu de recul*, Rev. proc. coll. n°3, mai 2012, étude 16, n°6 et s : « tant en sauvegarde qu'en redressement ou en liquidation judiciaires, dès lors qu'une action en extension pour confusion de patrimoines ou en réunion de l'actif est engagée, des mesures conservatoires peuvent être prises à l'encontre de l'entreprise cible, et ce non seulement à la demande de l'administrateur, ou à défaut du mandataire judiciaire ou encore du ministre public et sans doute du liquidateur dans le cadre de la liquidation judiciaire, mais également et il faut le noter, d'office ».

⁹⁸⁰ J –J. Hyst, *Rapport Sénat*, n° 335, Session ordinaire 2004-2005, mai 2005, tome I, p 458 - X de Roux, *Rapport Assemblée Nationale*, n° 2095, XII^e Législature, févr. 2005, p 415 : « La finalité de la mesure conservatoire édictée à l'article L. 651-4 à propos de la responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif est évidente : éviter que ces derniers n'organisent leur insolvabilité ».

de la procédure⁹⁸¹ », car elle n'a aucun effet rétroactif à l'égard des actes accomplis avant son ordonnance.

II- L'extension de la procédure collective de la filiale à ses dirigeants

506. Rappelons d'abord que l'existence des groupes de sociétés suppose pour l'essentiel que des sociétés affiliées d'un groupe soient gérées d'une manière unitaire par une direction commune contrôlée par une société mère. Ce contrôle, justifié par l'existence des liens capitalistiques ou contractuels, implique que certaines compétences soient attribuées à la société mère ou à d'autres sociétés du groupe, ainsi le pouvoir de décision que celle-ci peut exercer au sein des assemblées générales de sa filiale, directement ou par l'intermédiaire d'une société holding créée à cette finalité (notamment dans le cas des groupes multinationaux). Grâce à ce pouvoir, la société mère peut verrouiller le contrôle sur sa filiale, soit en se faisant désigner au conseil d'administration ou de surveillance de celle-ci, soit en nommant dans celui-ci des personnes interposées, telles une filiale, une sous-filiale, un salarié ou un dirigeant. Même lorsqu'il s'agit des fonctions de gestion légalement réservées aux personnes physiques, elle pourrait exercer son contrôle au moyen d'une personne interposée, un salarié ou un dirigeant par exemple.

507. Occasionnellement, une filiale peut confondre ses actifs et passifs personnels avec ceux de ses dirigeants. La jurisprudence n'hésite guère à prononcer l'extension de la procédure collective ouverte à l'encontre de cette société à ses dirigeants. En novembre 1987, la Cour d'appel de Paris a décidé que « lorsque l'on est en présence de personnes morales ou physiques qui, tout en étant des sujets de droit autonomes et ayant des patrimoines distincts, les ont confondus, des éléments de l'un se retrouvent dans le patrimoine de l'autre et inversement, il est normal que la liquidation de biens de l'une de ces personnes soit étendue à l'autre par suite de la situation née de la confusion ».

Les dirigeants de la filiale soumise à une procédure collective peuvent être des personnes autonomes de la société mère, exerçant leurs fonctions indépendamment de celle-ci, (c'est notamment le cas des filiales situées à l'étranger ou ayant des activités non complémentaires). L'existence d'une confusion des patrimoines entre cette filiale et ses dirigeants n'a pas d'impact sur la société mère. L'extension de procédure collective ne peut en l'espèce être demandée que contre les dirigeants de cette filiale. Il en va également de

⁹⁸¹ J.-P. Legros, *Présentation de la loi du 12 mars 2012, domaine d'application de la loi nouvelle*, rev. soc. mai 2012, °85 à 88.

même pour les groupes à caractère personnel où l'unité repose sur un ou plusieurs dirigeants, détenant les postes-clés dans les différentes sociétés du groupe et choisis à la diligence de la société mère, parmi ses propres dirigeants ou salariés. La confusion de patrimoine entre la filiale et ses dirigeants n'implique pas forcément l'extension procédurale à la société mère ou à d'autres sociétés du groupe. Tant que les rapports financiers et économiques entre ces sociétés ne sont pas de caractère anormal, l'existence du groupe ne suffit pas en soi pour engendrer l'extension.

508. De plus, depuis un arrêt du 23 mai 2000 rendu par la Cour de cassation⁹⁸² à propos d'associations dont la confusion de patrimoine a été constatée, la responsabilité du dirigeant est limitée à l'association dont il a assumé la gestion. Selon la doctrine, la solution vaut également pour les sociétés⁹⁸³. Dans le cadre des groupes, il est envisageable qu'une filiale dirigée par sa mère, confonde son patrimoine avec celui d'une autre société de son groupe. Le montant de l'insuffisance d'actif mis à la charge de la société mère ne peut comprendre le cas échéant que les dettes de la filiale dont elle était la dirigeante.

509. Pourtant, la solution adoptée n'est guère compatible avec les termes d'autres arrêts plus anciens qui semblent plus favorables à la protection des créanciers des sociétés membres du groupe. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation considéra, dans un arrêt rendu le 25 novembre 1986, qu'il est possible de déterminer le montant de la condamnation dans un groupe de sociétés en fonction du passif global de toutes les sociétés membres du groupe. Dans cette affaire, deux sociétés *GIEC* et *SSE* furent déclarées en liquidation de biens avec constitution d'une masse commune. La Cour d'appel de Colmar condamna l'administrateur de la première au paiement des dettes sociales des deux⁹⁸⁴. L'intéressé fit valoir qu'il n'était pas dirigeant de la société *SSE* et que sa responsabilité dans l'insuffisance d'actif de cette dernière n'était pas établie⁹⁸⁵. La Cour de cassation rejeta le pourvoi en déclarant qu'« en l'état d'une décision ayant prononcé la liquidation des biens de deux sociétés et ordonné, pour les besoins des opérations de liquidation, la constitution d'une seule masse active et passive, les juges du fond n'ont pas à caractériser

⁹⁸² Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-21.080: *Bull. civ.* 2000, IV, n° 108, p. 97; *Bull. Joly sociétés* 2000, 188, p. 789, note A. Couret.

⁹⁸³ Voir, J.-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, sous la direction de Ph. Rousseil Galle, LexisNexis, *Droit 360°*, n° 1668, p. 751 et s.

⁹⁸⁴ Voir, A. Couret, *Entreprises en difficulté, comblement de passif, associations confusion des patrimoines, incidence sur la mise en cause de la responsabilité d'un dirigeant*, note sous cassation, 23 mai 2000, n° 1143 FS-P, Masselier c/Châtelain et autres, *Bull. Joly sociétés, actualité du droit des sociétés*, août-septembre 2000, n° 8-9, p. 790.

⁹⁸⁵ J.-P. Legros, *Confusion de patrimoine*, note sous Cass. com. 17 juill. 2001, D. Chatelain et J. P. Liop c/ Me P. Pellegrini mandataire liquidateur : *Juris-Data* n° 011040.

les liens de l'administrateur de l'une des sociétés avec l'autre, ni à se prononcer sur sa responsabilité dans l'insuffisance d'actif de cette société, dès lors que sa condamnation à payer une partie des dettes de la société dont il était administrateur concernait nécessairement le passif confondu des deux sociétés⁹⁸⁶ ».

510. Néanmoins, cette divergence judiciaire n'aura pas lieu si la direction commune des sociétés membres du groupe entraîne l'existence de flux financiers anormaux ou de confusion des comptes entre l'ensemble des patrimoines sociaux. La procédure collective ouverte à l'encontre de la filiale en difficulté et étendue à ses dirigeants, sera appliquée aux autres sociétés dirigées par ces derniers. Les créanciers de la filiale jouissent alors d'une forte garantie sur les patrimoines des dirigeants, et sur celui des autres sociétés. L'extension de la procédure collective de cette manière peut induire une situation de faillite collective dont les effets s'étendent à l'échelle du groupe tout entier. Dans un arrêt du 9 décembre 1991, les magistrats de la Cour de cassation ont approuvé les juges du fond d'avoir constaté l'existence de confusion de patrimoine, d'une part, entre une société filiale et d'autres sociétés de son groupe, et, d'autre part, entre l'ensemble de ces sociétés et leur gérant commun. La confusion était en l'espèce triple, puisque le gérant des sociétés avait confondu son propre patrimoine avec celui des sociétés⁹⁸⁷. Dans une autre affaire de cassation, il a été décidé qu'une Cour d'appel, ayant retenu par motifs propres et adaptés que l'ensemble des biens sociaux des diverses sociétés était détenu par des membres d'une seule famille (la famille Avignon), qui de surcroît en leur qualité de dirigeants des mêmes sociétés, avaient disposé des biens sociaux comme des leurs propres, a ainsi constaté la confusion des patrimoines entre les sociétés et leurs dirigeants⁹⁸⁸.

511. En outre, quand bien même le dirigeant ne confond pas son patrimoine avec celui de la filiale, il est, par sa gestion pour le moins inopportune, l'auteur de la confusion des patrimoines entre celle-ci et les autres sociétés de son groupe⁹⁸⁹. Les juges ont reconnu

⁹⁸⁶ Cass. Com. 25 nov. 1986: n° 85-16.655, Publication : *Bulletin 1986 IV N° 221 p. 192*. Quelques années avant cette décision, un arrêt de la même chambre commerciale avait rejeté un pourvoi à l'encontre d'un arrêt d'appel constatant que les patrimoines de trois sociétés mises en liquidation avaient été confondus et condamnant le gérant de l'une d'elles à payer une partie de l'insuffisance d'actif commune à ces trois sociétés (v. Cass. com. 6 juill. 1981 : *Bull. civ., IV. P. 241, n° 304*) ; voir encore, Cass. com. 14 juin 1977, *Bull. civ. IV, P. 146, n° 169*.

⁹⁸⁷ Cass. crim., 9 déc. 1991. *Billerey*, *Bull. crim., n°467, R.J.D.A. 05/92, n°463*.

⁹⁸⁸ Cass. Com. 6 nov. 1985. *Bull. Civ. 1985, IV, n°265*.

⁹⁸⁹ N. Morelli, *La confusion des patrimoines, entre constance et nuance, note sous cassation, (com), 26 mai 2010, F-D, n°09-66.615. Rev. Soc. 2011, p.119* « on le voit à travers cette remarque, ce qui caractérise un flux financier anormal est souvent constitutif d'une faute de gestion, sans pour autant que toute faute de gestion ne caractérise un flux financier anormal ».

l'existence d'une faute de gestion lorsque le dirigeant a été à l'origine d'une confusion entre les patrimoines de plusieurs sociétés⁹⁹⁰. Ils s'appuyaient sur l'article L.651-2 du Code de commerce (anc. art. L. 623-4 issu de l'article 180 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985) qui dispose : « Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale, seront supportées, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux ». Dans un arrêt⁹⁹¹, relativement ancien, la Cour de cassation approuva une Cour d'appel d'avoir condamné un dirigeant à combler une partie de l'insuffisance d'actif, ressortant de la confusion des patrimoines de trois sociétés. Selon les termes de la décision initiale, la faute de gestion a été établie à l'encontre du dirigeant qui n'a pas su distinguer les différents patrimoines des sociétés en cause⁹⁹².

512. Au demeurant, l'exercice par la société mère d'un strict contrôle sur les dirigeants de sa filiale risque souvent d'attribuer à celle-ci la qualité de dirigeant de fait. Cette imputation est en effet envisageable lorsque ces dirigeants ont été choisis parmi les salariés ou les dirigeants de la société mère et investis dans la direction de la filiale par des contrats de travail conclus entre eux et la société mère. Dans cette position inconfortable, les dirigeants de la filiale se voient en réalité soumis aux directives de la société mère qui s'appuient sur deux fondements essentiels : l'un contractuel et l'autre juridique. Il s'agit pour le premier d'un contrat de travail qui a pour but d'insérer le salarié dirigeant dans un état de subordination totale à la société mère. Ce dernier, bien que dirigeant ou représentant de la filiale, ne paraît, en fait, qu'un simple lien entre celle-ci et sa mère qui exerce la vraie fonction de dirigeant. De même, l'obéissance du dirigeant de la filiale à la société mère retrouve sa légitimité dans le droit des sociétés. Comme celle-ci est l'associée majoritaire de sa filiale, elle est en mesure de nommer et révoquer les dirigeants de cette dernière. Au travers de cette prérogative, elle saurait leur imposer ses instructions, et y exercer un pouvoir de contrôle qui dépasse les rapports normaux entre associés et dirigeants. Il est dès lors fort possible que la confusion des patrimoines entre la filiale et ses dirigeants de droit soit imputée à la société mère en qualité de dirigeant de fait.

⁹⁹⁰ T.Gautier, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., n°756, p.470.

⁹⁹¹ Cass. Com. 14 juin 1977, *Della Vallé c / Gourdain.*, Bull. Civ, IV, n°169.

⁹⁹² Voir *La notion de faute de gestion*, infra, n° 643 et ss.

513. En définitive, la confusion de patrimoine, que ce soit entre la filiale et d'autres sociétés de son groupe ou entre elle et ses dirigeants, présente aux créanciers une protection majeure dans la mesure où elle amène à une faillite étendue à plusieurs sociétés du groupe, voire même au groupe en entier. En effet, ce n'est pas seulement à la filiale débitrice qu'il incombe de faire face à ses obligations, mais également à toutes les autres sociétés faisant parties de la confusion. La procédure collective ouverte à l'encontre de cette filiale trouve vocation à s'appliquer au profit des créanciers à l'ensemble des sociétés dont la confusion de patrimoine a été constatée.

A côté de ces lourdes conséquences civiles, la confusion de patrimoine peut entraîner à l'égard des dirigeants responsables des effets pénaux bien importants. Ces effets résultent de l'utilisation abusive des biens ou du crédit de la société membre du groupe.

Sous-section II : Les effets pénaux de la confusion de patrimoine

514. Comme nous l'avons démontré, la confusion de patrimoine se caractérise par l'utilisation anormale du patrimoine de la filiale. Sur le plan du droit pénal, la jurisprudence établit parfois des liens entre cette situation et le délit d'abus de biens sociaux. Dans un arrêt récent⁹⁹³, la Cour d'appel de Besançon a approuvé le Tribunal de commerce de Belfort d'avoir étendu la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre d'une SARL à son dirigeant de fait pour motif de confusion de patrimoine, tout en le condamnant au délit d'abus de biens sociaux. Le Tribunal avait en effet constaté que les relations financières liant ce dirigeant à la SARL étaient anormales et contraires à l'intérêt social de celle-ci, de telle façon qu'elles constituaient pour lui le délit d'abus de biens sociaux. De même, la Cour de cassation⁹⁹⁴, dans un arrêt rendu le 9 décembre 1991, a approuvé les juges du fond d'avoir condamné les dirigeants de plusieurs sociétés pour abus de biens sociaux, faux et usage de faux en écriture de commerce. L'un de ces dirigeants avait favorisé une des sociétés dont il assurait la gérance au détriment de l'autre en opérant des transferts de fonds sans justification, en utilisant les salariés de cette société sur les chantiers de l'autre et même d'une troisième société dont il était également gérant. Il avait même réglé sur les fonds de cette société des dépenses personnelles et les dettes d'un fonds de commerce qu'il exploitait.

⁹⁹³ *CA Besançon, CH. commerciale 02 - 10/02826 - 20 avr. 2011.*

⁹⁹⁴ *Cass. crim. 9 déc. 1991, Billerey, Bull. crim., n°467, R.J.D.A. 05/92, n°463.*

515. Pour autant, depuis longtemps la jurisprudence française a opéré une prise en compte patente de l'intérêt du groupe à travers le délit d'abus de biens sociaux. Elle a reconnu le caractère exonératoire du groupe de sociétés au regard des éléments constitutifs de cette violation. Selon cette jurisprudence, l'objet de la société ne devrait pas être envisagé indépendamment de l'intérêt et de la stratégie du groupe⁹⁹⁵. Elle est aujourd'hui constante que ces derniers sont, sous certaines conditions, susceptibles de constituer un juste motif pour exonérer les dirigeants des sociétés membres du groupe du délit d'abus de biens sociaux.

De ce fait, il convient de clarifier dans un premier temps les éléments nécessaires à l'identification du délit d'abus de biens sociaux, et d'aborder par la suite l'évolution relative au groupe.

I- Les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux

516. Le délit d'abus de biens sociaux est incriminé de façon identique dans la SARL et la SA. L'article L. 242-6 al. 1.3 du Code de commerce relatif à la SA prévoit que « est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375000 euros le fait pour : le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ». Cet alinéa est applicable par renvoi aux SCA, SAS et SE (C. com. art. L. 243-1, L. 244-1 et L. 244-5). Concernant la SARL, le délit d'abus de biens sociaux est régi par l'article L.241-3 al.4 du même Code qui prévoit « le fait pour, les gérants, de faire de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

517. Il existe en droit libyen certaines règles répressives concernant ce délit. Certaines dispositions s'appliquent lorsque les dirigeants profitent de leurs pouvoirs pour aboutir à des fins personnelles au détriment de l'intérêt social. Ainsi l'article 400 du Code de commerce, relatif à l'emprunt ou à la garantie aux dépenses de la société, prévoit qu'«est puni d'un emprisonnement de six mois minimum et/ou d'une amende de 5000 à 20000 dinars, le fait pour le président du conseil d'administration, les membres de ce conseil, les

⁹⁹⁵ Voir, J. Theron, de la « communauté d'intérêt », *R.T.D. Civ.* 2009, p.9.

directeurs généraux, les gérants et les liquidateurs d'emprunter, directement ou par une personne interposée, de leur société ou d'une société qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle, ou d'obtenir de ces sociétés des garanties, cautions, ou avals pour leurs dettes personnelles, à moins que l'objet de la société prêteuse ne soit l'exercice d'une activité bancaire». L'article 398, relatif à l'exploitation des informations concernant la société, dispose qu'« est puni d'emprisonnement de trois mois à un an et/ou d'une amende de 3000 à 20000 dinars, le fait pour le président du conseil d'administration, les membres de ce conseil, les directeurs généraux, les gérants, les commissaires aux comptes ou les liquidateurs, d'utiliser à leur avantage ou à l'avantage d'un tiers des informations inhérentes à la société sans son accord préalable et qu'un préjudice issu de cette utilisation soit subi par celle-ci. L'action ne peut être intentée qu'à la demande de la société».

De par ces textes, les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux sont traités de la même manière pour tous les types de sociétés. Ils sont au nombre de deux : un élément matériel et un intentionnel.

A- L'élément matériel du délit d'abus de biens sociaux

518. Les textes précités imposent, pour que le délit d'abus de biens sociaux soit constitué, que le dirigeant fasse des biens ou du crédit social un usage qu'il sait contraire à l'intérêt social⁹⁹⁶. Cet usage représente pour ce délit l'élément matériel que le législateur français paraît avoir abandonné à la jurisprudence, laissant à la doctrine le soin d'établir une définition précise. La Cour de cassation en a ainsi dessiné le contour par maintes décisions⁹⁹⁷. Dans un arrêt du 15 mai 2008, il a été jugé que l'usage contraire à l'intérêt social est « constitué par tout acte qui, en l'absence de contrepartie, fait courir un risque anormal à l'actif social, c'est-à-dire disproportionné par rapport aux avantages escomptés⁹⁹⁸ ». Selon une décision, du 14 mai 2003, l'usage est forcément contraire à l'intérêt social « dès lors qu'il expose la personne morale et ses dirigeants à des poursuites pénales et fiscales et porte donc atteinte à son crédit et à sa réputation [est un] usage contraire à

⁹⁹⁶ Voir aussi : Cass. crim. 08-83.936. 20 mai 2008 ; Cass. crim. 20 mars 2007, n°05-85.253 « alors qu'en toute hypothèse, l'usage contraire à l'intérêt social ne caractérise le délit d'abus de biens sociaux que si le dirigeant social poursuit un intérêt personnel » ; Cass. crim. 3 juin 2004, n°3-80.593 « alors qu'il n'y a abus de biens sociaux que lorsque le dirigeant social a fait dans un intérêt personnel, ou de mauvaise foi, un usage contraire à l'intérêt social ».

⁹⁹⁷ Voir : Cass. crim. 5 mai 1997, Bull. crim., n° 159 ; 13 oct. 1999, D. 2001, Somm. p. 2351, obs. G. Roujou de Boubée ; Rev. soc. 2000, p. 360, note B. Bouloc ; Bull. Joly 2000, p. 182, note J.-F. Barbière ; 27 juin 2001, Rev. soc. 2001, p. 873, note B. Bouloc ; Bull. Joly 2001, p. 1117, note J.-F. Barbière ; Rev. science crim. 2002, p. 339, obs. J.-F. Renucci ; Cass. crim., 11 févr. 2003, RJDA 2003, n°604 ; Cass. Crim., 10 avr. 2002, D. 2002, AJ p.2408 ; Rev. soc. 2002, p. 549, note B. Bouloc ; Cass. Crim. 07-87.472. 15 mai 2008.

⁹⁹⁸ Cass. Crim. 07-87.472. 15 mai 2008.

l'intérêt social ».

Dans la doctrine aussi il existe maints essais de définition. T. Gauthier⁹⁹⁹ a ainsi estimé que l'usage est incriminé lorsqu'il comporte une appropriation, dissipation, ou un simple acte d'administration ou encore une omission. L'usage peut être temporaire ou définitif. De plus, pour que l'usage soit sanctionné, il doit être contraire à l'intérêt social qui caractérise un principe fondamental du droit des sociétés. Mais le problème réside, comme nous l'avons constaté, dans le fait que ce concept même (l'intérêt social) ne fait pas l'objet d'un consentement doctrinal et jurisprudence unanime. Un certain nombre d'auteurs confondent l'intérêt social avec celui des associés, en estimant que l'usage contraire à l'intérêt social est celui opéré dans un but personnel et contraire à l'intérêt des associés¹⁰⁰⁰. Cependant, même si cette doctrine accorde une importance non négligeable aux associés, il n'en reste pas moins que la plupart considèrent que l'intérêt social, dans le délit d'abus de biens sociaux, n'est pas exclusivement l'intérêt des associés, mais encore celui de la société personne morale indépendante. L'acte contraire à cet intérêt sera donc l'acte qui porte préjudice à la société, l'atteignant dans son patrimoine et diminuant son actif¹⁰⁰¹.

519. De même, la jurisprudence tend constamment à ne pas lier l'intérêt social à celui des associés. Les tribunaux, soutenus par la haute juridiction, considèrent que l'acte contraire à l'intérêt social n'est pas nécessairement l'acte contraire à l'intérêt des associés. Ainsi, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2009, la Cour de cassation¹⁰⁰² a statué sur les conséquences pénales d'une comptabilisation incorrecte de la valeur des articles retournés par les centrales d'achat pour des raisons diverses, sans mouvoir le stock et pour une valeur très inférieure à la valeur d'achat. Le dirigeant prévenu soutint pour justifier son agissement qu'il n'avait pas tenu compte de la réalité économique au titre des articles défectueux ou démodés, que seul un circuit de distribution parallèle permettait de les écouler à faible prix et en quantité importante. La Cour d'Appel de Douai a accueilli la défense du dirigeant en décidant qu'il ne résultait pas de l'opération en question un usage de biens contraire à l'intérêt de la société. La Cour de cassation lui a reproché d'avoir

⁹⁹⁹ T. Gauthier, *les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., n°620 p 399.

¹⁰⁰⁰ D. Schmidt relie l'intérêt social à celui des associés, estimant ainsi que l'élément essentiel du délit d'abus réside dans la recherche des fins personnelles par le dirigeant. Selon lui, l'acte contraire à l'intérêt social est, dans le cadre de cette conception, celui qui a été conclu pour des motifs personnels, et qui engendre un préjudice aux actionnaires. Ces derniers peuvent malgré tout conserver l'acte préjudiciable. D. Schmidt, *les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly, coll. « Pratique des affaires », 1999, n°326, p.291).

¹⁰⁰¹ A. Médina, *abus de biens sociaux*, préc. p.96. Voir aussi, T. Gauthier, *les dirigeants et les groupes de sociétés*, préc n° 620 p399. Selon lui, l'usage est contraire à l'intérêt social « lorsqu'il entraîne une atteinte au patrimoine de la société ».

¹⁰⁰² Cass. Crim, 1^{er} juil 2009., n°08-87.246.

ignoré que le dirigeant relaxé avait été à l'origine d'une comptabilisation incorrecte de la valeur desdits articles ; que ceci permettait le déclassement et la vente des produits déstockés à vil prix à une société d'exploitation, tout en faisant paraître par un artifice comptable une marge positive ; qu'il était donc contraire à l'intérêt social et aboutissait à compromettre l'intégrité de l'actif social sans être justifié par une dette existante ou par une contrepartie. Dans le but de définir la notion « d'usage contraire à l'intérêt social », la Cour de cassation fait donc référence à la notion de « personne morale » et de « patrimoine social ». Ainsi, déclare-t-elle que « alors que le délit d'abus de biens sociaux existe dès lors que l'usage des biens ou du crédit expose la personne morale à un risque sans espoir d'un gain raisonnable, ou encore la prive d'avantages plus importants et plus conformes à ses intérêts ; qu'il suffit de relever un appauvrissement du patrimoine social non justifié par une dette ou par une contrepartie pour que l'infraction soit constituée ¹⁰⁰³ ». Pour la Cour de cassation, c'est la sous-estimation des marchandises revendues par les dirigeants à la société d'exploitation, qui caractérise dans l'opération en cause l'abus de biens sociaux. Le dirigeant aurait dû mouvementer les stocks et établir une comptabilité correcte de la valeur des articles retournés et revendus, alors qu'en ignorant tout cela, il a concouru à faire courir à la société des risques exagérés qui ne se justifiaient pas par une logique économique ou financière.

B- L'élément intentionnel du délit d'abus de biens sociaux

520. Le délit d'abus de biens sociaux est un délit intentionnel qui suppose que soit constatée la mauvaise foi du dirigeant qui a fait, en connaissance de cause, un usage du patrimoine social contraire à l'intérêt de la société et à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société dans laquelle il était intéressé¹⁰⁰⁴. L'élément moral se décompose en un dol général et un dol spécial, dont la preuve doit être nécessairement apportée pour établir le délit¹⁰⁰⁵. Le dol général recouvre essentiellement la faute

¹⁰⁰³ Voir aussi, *Cass. Crim.*, 30 mai 1996, *Bull. civil. IV*, n°224, *R.J.D.A.* 1996, n°8/9 p.728, note Dinthillac. *Rev. soc.* 1996, 806, note Bouloc(B). Dans cette affaire, la Cour a s'est prononcée sur les conséquences pénales de prêts à court terme consentis par des organismes de placement collectif de valeurs mobilières au profit d'une société de bourse en état virtuel de cession de paiement. Les O.P.C.V.M. sont censés agir au bénéfice exclusif des souscripteurs. Or les prêts n'avaient pas été enregistrés dans la comptabilité ou avaient été masqués par des artifices comptables. Pour la Cour de Cassation, les garanties illusoires données à ces organismes sur des titres indisponibles, et les risques anormaux de l'opération ont permis de qualifier ces opérations de « délit d'abus de biens sociaux » au préjudice des sociétés filiales de placement en valeur mobilière.

¹⁰⁰⁴ *Cass. Crim.*, 11 fév 2009, n°07-88.695 ; Didier (P), *abus de biens sociaux et transfert des sportifs. Réc. Dalloz.* 2006 p.304 « le délit d'abus de biens sociaux est un délit intentionnel qui suppose que le dirigeant a agi avec la volonté de s'avantager ».

¹⁰⁰⁵ *Cass. crim.*, 22 oct. 1990, *Rev. soc.* 1991, p125, note Bouloc (B), *Bull. Joly* p.75 ; voir aussi T. Gautier, les

intentionnelle, le dirigeant fautif étant conscient du caractère contraire à l'intérêt de la société, et ayant la volonté de violer la loi. Ce dol peut également être commis par l'omission de prendre un acte nécessaire à sauvegarder le patrimoine social d'un risque éventuel. Le dol spécial découle directement du texte : le délinquant doit avoir agi « à des fins personnelles ou pour favoriser une société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ». Ainsi, comme le relève Didier, la Cour de cassation censure souvent toute décision des juges du fond qui se contenteraient, pour sanctionner un dirigeant, de relever qu'il a agi sciemment contrairement à l'intérêt social, sans établir qu'il a agi dans le but de s'avantager ou qui déduit de la violation de l'intérêt social, sans plus de précision, l'intérêt personnel du dirigeant¹⁰⁰⁶.

521. Cependant, on observe d'après la décision citée plus haut¹⁰⁰⁷, que la Cour de cassation a qualifié « d'abusif » l'acte d'un dirigeant sans intention égoïste. Elle a affirmé que le délit d'abus de biens sociaux existe dès lors que l'usage des biens sociaux expose la société à un risque anormal sans contrepartie. Du reste, le déroulement de cette affaire ne montre pas non plus que le dirigeant coupable de l'abus ait été, directement ou indirectement, intéressé dans les reventes effectuées en faveur de la société d'exploitation. Cette observation pourrait, dès lors, conduire à croire que les juges du fond n'ont pas forcément à rechercher le dol spécial lié à la volonté du dirigeant de s'avantager au détriment de la société, mais il leur suffit de révéler l'existence de sa conscience du caractère contraire à l'intérêt de la société et la volonté de violer la loi.

II- L'intérêt du groupe, fait justificatif des relations ou flux financiers anormaux

522. Comme nous l'avons démontré, la notion de groupe de sociétés ne répond pas à une définition juridique, mais à une réalité économique. Cette réalité n'est pas ignorée par le droit, car certaines règles juridiques sont applicables aux sociétés membres du groupe bien qu'elles ne considèrent pas leur groupement comme une entité juridique ayant une personnalité morale distincte. De là procède l'importance fondamentale des efforts réalisés par la jurisprudence ; lesquels ont conduit à modérer nombre de règles du droit des

dirigeants et les groupes de sociétés, préc. n°627 p403.

¹⁰⁰⁶ Voir en la matière : *Cass. Crim.*, 24 févr. 2010, n°08-07.806 ; *Cass. Crim.*, 5 janv. 2010, n°09-83.693 ; *Cass. Crim.*, 1er mars 2000, *JCP E* 2001, p. 947, obs. Y. Muller ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 839, obs. J.-F. Renucci ; *D.* 2000, *AJ* p. 214, obs. A. Lienhard ; *Cass. Crim.*, 5 mai 2004, *Dr. sociétés* 2004, comm. 157, note R. S. ; 4 nov. 2004, *Dr. pén.* 2005, comm. 44, obs. Robert (J-H) ; Matsopoulou (H), *Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux*, *D.* 2005, *Chron.* p. 2075

¹⁰⁰⁷ *Cass. Crim.*, 1^{er} juill. 2009., n°08-87.246.

sociétés, lourdes et intempestives pour les groupes. Ainsi, concernant le sujet d'abus de biens sociaux, les tribunaux ont constaté depuis les années cinquante qu'il existe dans le cadre de groupes de sociétés une communauté d'intérêt réunissant les sociétés membres, motivant les dirigeants de celles-ci à favoriser certaines entités au préjudice des autres en vue de sauvegarder leur ensemble. Selon cette jurisprudence, l'objet de la société ne devrait pas être envisagé indépendamment de la stratégie et de l'intérêt commun du groupe¹⁰⁰⁸.

Il convient dès lors d'aborder en préalable cette évolution jurisprudentielle pour démontrer ensuite les conditions qu'elle a établies pour écarter les dirigeants du groupe de ce délit.

A- L'évolution jurisprudentielle relative au délit d'abus de biens sociaux

523. La première affaire a été traitée le 11 mai 1955 par le Tribunal Correctionnel de la Seine¹⁰⁰⁹, ayant admis que l'acte commis au détriment d'une société pouvait ne pas tomber sous le coup de l'incrimination d'abus de biens sociaux s'il s'inscrit dans le cadre de la politique d'un groupe. Il déclara en ce sens « qu'il faut tenir compte de la justification économique de l'acte, de l'équilibre ou de l'absence d'équilibre entre les engagements contractés par chacune des sociétés et du caractère anormal ou disproportionné à ses possibilités financières de l'ordre donné par l'une des sociétés à l'autre ». Quelques mois plus tard, ce même tribunal précisa que l'appartenance à un groupe ne saurait justifier toutes les opérations favorisant la filiale au détriment de la société mère. Dans le même sens, la Cour d'Appel de Paris énonça, le 18 mai 1965, que « pour apprécier si le délit d'abus des pouvoirs a été commis, il convient de rechercher si les obligations contractées réciproquement par les deux sociétés s'équilibrent sur le plan économique¹⁰¹⁰ ». Le Tribunal Correctionnel de Paris statua aussi le 16 mars 1974 sur une situation similaire concernant le célèbre arrêt *Willot*. Il s'agit en l'espèce de justifier l'utilisation, par les dirigeants, de la trésorerie d'une société d'un groupe afin de régler des dettes qui leur étaient personnelles. Ces dettes concernaient un achat d'actions visant à prendre le contrôle d'une société. Le délit d'abus de biens sociaux avait été ainsi écarté sur le fondement de l'existence d'un intérêt commun du groupe, différent de celui de chaque société qui le compose. Le Tribunal Correctionnel de Mulhouse a aussi, par son jugement rendu le 25 mai 1983 concernant l'affaire *Schlumpf*, repris le principe de cette argumentation pour refuser le

¹⁰⁰⁸ Voir J. Theron, *De la « communauté d'intérêt »*, RTD Civ. 2009 p9.

¹⁰⁰⁹ T. Corr. Seine, 11 mai 1955, JCP 1955, II, 8973.

¹⁰¹⁰ CA Paris, 18 mai 1965, Gaz. Pal. 1965, p206.

bénéfice exonératoire de l'intérêt du groupe et reconnaître la culpabilité des dirigeants au regard du délit d'abus de biens sociaux. En 1985, le Tribunal Correctionnel de Lyon a reconnu, le 20 juin 1985 l'effet exonératoire du groupe au regard du délit d'abus de biens sociaux au bénéfice de dirigeants qui avaient émis de fausses factures au profit d'une filiale en difficulté.

La Cour de cassation a eu l'occasion d'exprimer sa volonté sur cette question en faveur de la jurisprudence initiée par les juges du fond dans l'arrêt *Rozenblum* en date du 4 février 1985¹⁰¹¹. Dans cette affaire, la chambre criminelle estima que « pour échapper aux prévisions des articles 425-4° et 437-3° de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge; que tel n'était pas le cas en l'espèce, les moyens réunis doivent être écartés ¹⁰¹² ». En 1991, la chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁰¹³ affirma son refus d'exonérer les dirigeants d'une société du délit d'abus de biens sociaux, car ils manquaient des conditions nécessaires à cette exonération. Elle déclara ainsi que « l'établissement d'un bilan consolidé entre diverses sociétés à responsabilité limitée et la simultanéité des déclarations de cessation de leurs paiements ne suffisent pas à établir l'existence d'un groupe de sociétés de nature à justifier les opérations par lesquelles leur dirigeant commun a favorisé l'une au détriment des autres, dès lors que ces actes ont été effectués au gré des circonstances, sans plan d'ensemble ni intérêt économique, à la faveur du désordre régnant dans les comptabilités respectives des entreprises et qu'ils tendaient à masquer la réalité de leur situation compromise ».

Dans une autre décision, la même chambre s'est prononcée le 19 décembre 1995 sur l'incrimination de faits constitutifs d'abus de biens sociaux dans les groupes. Il s'agit pour

¹⁰¹¹ Cass. Crim., 4 févr. 1985, n° 73-91.516. Bull. crim. n° 68 p166.

¹⁰¹² Voir encore : Cass. Crie. Le 13 févr. 1989 Duval, Bull. crim. n°69, Rev. soc. 1989, p. 692. n° 88-81.218. Dans cette affaire la Cour de Cassation a déclaré que « Pour échapper aux prévisions de l'article 437.3° et 437.4° de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier, apporté par les dirigeants de droit ou de fait d'une société, à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être dépourvu de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge ».

¹⁰¹³ Cass. Crim. 9 déc. 1991, Billerey. Bull. crim. n°467, R.J.D.A. 1992, n°463.

cette affaire d'une cession de la totalité des actions détenues par une société mère dans sa filiale. Cette opération, ayant été effectuée par le dirigeant de la société mère, a été contestée devant la Cour d'Appel de Versailles par un actionnaire minoritaire qui avait accusé ce dirigeant d'avoir mis en avant des intérêts personnels dans le groupe et ainsi commis le délit d'abus de biens sociaux. La Cour de Versailles a prononcé la relaxe du prévenu. La Cour de Cassation a approuvé la Cour d'Appel en déclarant que « pour échapper aux provisions de l'article 437-3 de la loi du 24 juillet 1966, la cession d'un actif d'une société anonyme par un dirigeant de droit ou de fait à une entreprise à laquelle il est intéressé directement ou indirectement, non seulement doit être dictée par un intérêt économique commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe, mais encore ne doit pas mettre à la charge de l'entreprise cédante des engagements excédant ses possibilités financières et qui dès lors, lèse les droits de ses actionnaires minoritaires¹⁰¹⁴ ».

Il convient d'envisager particulièrement les conditions exigées pour l'exonération des dirigeants des sociétés regroupées du délit d'abus de biens sociaux.

B- Les conditions de l'exonération du délit d'abus de biens sociaux

524. D'après ladite jurisprudence, on constate que l'acte accompli par le dirigeant d'une société membre du groupe doit remplir certaines conditions pour qu'il fasse l'objet de l'exonération du délit d'abus de biens sociaux. En premier lieu, il faut établir l'existence d'un groupe des sociétés réunies par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié par une politique élaborée pour l'ensemble du groupe. En deuxième lieu, le concours financier apporté par la société ne doit pas rompre l'équilibre entre les sociétés concernées par l'opération en cause. En troisième lieu, le concours financier apporté par une société à une autre ne doit pas dépasser les possibilités financières de cette société. Il importe ainsi d'aborder toutes ces conditions plus en détail.

1- l'existence d'un véritable groupe de sociétés

525. La notion de « groupe de sociétés », comme nous l'avons vu dans le chapitre préliminaire, ne fait pas l'objet d'un accord unanime. Des divergences en la matière semblent aussi alimentées par le Code de commerce français qui régit plusieurs types de contrôles. Ainsi, l'article L. 233-1 établit l'existence de la société mère en fonction de la détention par celle-ci d'une fraction majeure du capital de sa filiale. La notion de

¹⁰¹⁴ Voie encore *Cass. crim. 11-87.013, 13 nov. 2012.*

« groupe » semble en l'occurrence assez limitative, car elle se fonde uniquement sur les liens capitalistiques entre les deux sociétés, lesquels doivent excéder le seuil de 50%. De plus, l'article L. 233-3 assimile le contrôle à différents critères dont certains ne se fondent pas sur des liens capitalistiques mais sur la position dominante qui pourrait exister en fonction d'autres éléments. Selon cet article, une société peut constituer un groupe lorsqu'elle dispose seule, directement ou indirectement, de la majorité des droits de vote dans une ou plusieurs autres sociétés en vertu d'un accord conclu avec les associés de cette dernière; ou lorsqu'elle détermine en fait par les droits de vote dont elle dispose, la décision dans les assemblées générales de cette société; ou encore si elle est associée dans cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. Dans ces cas, le contrôle exercé par la société mère sur sa filiale ne se fonde pas en premier chef sur des participations financières, mais *a priori* sur des rapports extra-capitalistiques débouchant sur une influence dominante au profit de la société contrôleuse.

526. S'ajoute également à ces dispositions, l'article L. 213-16 du même Code qui impose à la société exerçant un contrôle sur une ou plusieurs autres l'établissement et la publication annuelle de comptes consolidés ainsi que d'un rapport sur la gestion du groupe. La notion de contrôle qu'établit cet article s'avère aussi relativement flexible, car, d'une part, cet article utilise le terme « entreprise » au lieu de « société », laquelle n'est pas obligatoirement en rapport avec la forme sociale, et, d'autre part, il édicte qu'une société pourrait avoir la qualité de contrôleuse par le seul biais de son pouvoir de nomination de la majorité des membres du conseil d'administration, de direction ou de surveillance de cette entreprise. La majorité en l'occurrence peut ne pas être fondée sur une détention directe ou indirecte d'une fraction majeure du capital ou des droits de vote dans la société contrôlée.

527. Il existe dès lors trois dispositions constitutives de trois types de contrôle, desquelles découle la notion de groupe de sociétés. Cette pluralité textuelle pose en effet un vrai problème concernant la disposition juridique à laquelle la jurisprudence française fait référence en matière d'abus de biens sociaux. Qu'est-ce qu'un groupe de sociétés ayant vocation à exonérer les dirigeants d'une société membre du délit d'abus de biens sociaux ? La réponse ne peut pas être cherchée dans la jurisprudence précitée. Les décisions susvisées ne se réfèrent pas à un critère clair fondé sur la détention d'une fraction déterminée du capital social ou des droits de vote de la société-filiale. Selon elles, c'est la structure et l'intérêt commun du groupe qui définissent ce dernier. Il est donc plus utile

d'étudier ces deux notions comme des critères jurisprudentiels.

a) L'existence d'une stratégie de groupe

528. La Cour de cassation ne se contente pas de l'existence d'un bilan consolidé entre diverses sociétés à responsabilité limitée ou la simultanéité des déclarations de cessation de leurs paiements. Autrement dit, la preuve de l'existence des conditions prévues à l'article L. 233-16 du Code de commerce ne suffit pas à constituer le délit d'abus de biens sociaux dans le cadre du groupe ; il faut encore établir que les actes conclus ont été effectués en fonction d'un plan d'ensemble des sociétés membres du groupe, avec un intérêt économique uni¹⁰¹⁵. La structure du groupe ne doit ainsi pas reposer sur des bases artificielles, mais former un ensemble de sociétés gouvernées par une seule stratégie, cohérente, organisée, coordonnée et contrôlée par une seule société¹⁰¹⁶.

En ce sens, la Cour de cassation¹⁰¹⁷ a refusé le bénéfice de l'effet exonératoire de responsabilité pour un groupe en raison du fait de l'absence d'une stratégie commune unissant les sociétés membres. Elle affirme que « si l'existence d'un groupe sous l'égide d'Abelor apparaît établie, les prévenus ne démontrent pas que les opérations qui leur sont reprochées ont été dictées par l'intérêt économique, financier ou social de ce groupe, et ont été appréciées au regard d'une politique commune élaborée pour l'intérêt de celui-ci ». Dans cet arrêt, la Cour ne se contente pas de l'existence d'un groupe de sociétés même fondé sur des liens capitalistique réels, voire des participations majoritaires, mais il incombe, selon elle, aux juges du fond d'établir, par leur pouvoir souverain, que la société mère exerce effectivement un pouvoir de contrôle lui permettant d'exercer une influence déterminante sur les sociétés contrôlées pour réaliser une stratégie commune à tout le groupe.

529. Cependant, selon certains auteurs, l'établissement d'un bilan consolidé pourrait constituer un indice de la réalité de la structure du groupe¹⁰¹⁸. Cet indice sera d'ailleurs consolidé lorsque l'activité poursuivie dans le groupe se divise entre les sociétés en

¹⁰¹⁵ Cass. crim. 9 déc. 1991, Billerey. Bull. crim. n°467, R.J.D.A. 1992, n°463.

¹⁰¹⁶ Dans une autre affaire (l'arrêt Broche), la Cour de Cassation (C. Crim., 23 avr. 1991, Broche, Bull. crim., n°193, R.J.D.A. 1991, n°602) refusa le caractère exonératoire des groupes de sociétés, au motif que « les sociétés n'étaient liées entre elles que par des jeux d'écritures; que (la cour d'appel) énonce qu'il n'existe aucune politique décidée en conseil d'administration ou en assemblée générale, que les opérations financières critiquées sont dissimulées dans la comptabilité par des artifices sous le couvert de contrats commerciaux fictifs et qu'en définitive les agissements de Broche, qui les qualifie lui-même de « non orthodoxe », avait pour objet de lui procurer de la trésorerie ».

¹⁰¹⁷ Cass. Crim. 28 nov. 2007, n°07-80.248.

¹⁰¹⁸ T. Gauthier, op. cit., n°644 p 410.

fonction d'un projet commun dont chacune de ces sociétés ne dispose de son rôle qu'à partir d'une tâche complémentaire. Ceci constitue selon le tribunal correctionnel de Paris¹⁰¹⁹ une condition pour que la structure du groupe soit reconnue. Une telle jurisprudence avantage les groupes à structure pyramidale qui ont pour objet de maîtriser l'ensemble de la chaîne de distribution d'un produit, de la production à la commercialisation.

Au demeurant, la Cour de cassation a eu l'occasion¹⁰²⁰ de se prononcer sur l'existence du groupe de sociétés susceptible d'écarter le délit d'abus de biens sociaux des dirigeants. Ainsi, désapprouvant les constatations de la cour d'appel de Pau sur l'inexistence de groupe de sociétés, elle a affirmé « qu'en l'espèce, il résulte des propres constatations de l'arrêt qu'un groupe *Humuland*, existait (...) dans lequel la société *Humuland* était intervenue financièrement au profit de la totalité des sociétés du groupe, qu'il résultait en outre d'un rapport d'expertise du 11 septembre 1996, que la cour d'appel a homologué, qu'un organigramme de ce groupe avait été reproduit, que Thierry avait retracé l'historique de ce groupe, que celui-ci était géré par une holding *Investland* et qu'une brochure *Humuland Objectif AN 2000* relatait le cheminement et les étapes successives gravies par le groupe, l'évolution du chiffre d'affaires et la diversification des activités; qu'il en résulte incontestablement un véritable groupe de sociétés et la mise en œuvre d'une politique de groupe dictée par un intérêt économique et financier commun; qu'en excluant néanmoins l'existence d'un groupe de sociétés au sein duquel les opérations en cause avaient été effectuées, la cour d'appel s'est contredite ».

530. En outre, le groupe, qui a vocation à écarter le délit d'abus de biens sociaux, doit reposer sur une véritable collaboration entre les sociétés membres, et plus précisément entre actionnaires et dirigeants, et n'est pas uniquement fondé sur quelques personnes¹⁰²¹. Dès lors, ne sont pas de nature à être écartés de ce délit les groupes personnels, dont l'unité repose essentiellement sur l'identité des dirigeants et des associés sans qu'ils fassent l'objet d'une entreprise commune, de même que les sociétés holdings, dont l'activité se restreint à l'investissement et au contrôle des sociétés ayant des objets différents.

b) L'existence d'un intérêt commun du groupe

531. Pour que l'acte des dirigeants échappe au délit d'abus de biens sociaux, il faut

¹⁰¹⁹ Voir *Trib. Corr. Paris*, 29 avr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p.425, note J-P. Marchi.

¹⁰²⁰ *Cass. crim.* 20 juin 2007, n°07-80.65.

¹⁰²¹ T. Gautier, *préc.* n°645, p412.

qu'il soit justifié par l'intérêt commun du groupe de sociétés. C'est-à-dire que les sacrifices demandés à l'une des sociétés doivent être réalisés dans l'intérêt du groupe pour le maintien de son équilibre ou la poursuite d'une politique globale cohérente¹⁰²². En la matière, la notion « d'intérêt du groupe » a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle sur le long terme. Ainsi, dans la jurisprudence du fonds, les deux premières décisions (rendues par le tribunal de la Seine le 11 mai et le 13 décembre de l'année 1955) qui ont abordé la question de l'appréciation des abus de biens sociaux commis dans le cadre de sociétés liées au même groupe n'ont pas fait état de la notion d'« intérêt du groupe ». Le tribunal, bien qu'il statuât sur une question relative à l'abus commis au sein d'une société liée à un groupe, n'a pas mentionné explicitement la notion d'« intérêt du groupe ». Il déclara qu'« il faut tenir compte de sa justification économique, de l'équilibre ou de l'absence d'équilibre entre les engagements contractés par chacune des sociétés et du caractère normal ou disproportionné à ces possibilités financières de l'acte donné par l'une des sociétés à l'autre ». Une décision du 26 novembre 1968 a souligné que « chaque opération effectuée dans le cadre d'un groupe perd son individualité et doit s'apprécier à la lumière de la politique d'ensemble élaborée par le chef de file du groupe. Cette opération est justifiée si elle concourt au but commun sans rupture d'équilibre entre les engagements respectifs et sans excéder les possibilités financières de la société qui en supporte la charge ». Cet arrêt adopte plus clairement la notion « d'intérêt du groupe » car l'opération est justifiée une fois qu'elle réalise un objet commun du groupe. Ce but, sur lequel le tribunal se fonde, ne pourrait en effet se traduire que par l'intérêt collectif des sociétés membres, transcendant leurs intérêts individuels. La décision qui semble le plus clairement reconnaître l'intérêt du groupe est celle rendue par le tribunal correctionnel de Paris le 16 mai 1974. Dans cette affaire, le tribunal exigea pour que l'acte des dirigeants se soit soustrait à la qualification de délit d'abus de biens sociaux que les sacrifices demandés à l'une des entreprises aient « bien été réalisés dans l'intérêt du groupe pour le maintien de son équilibre ou pour la poursuite d'une politique globale cohérente ».

532. Concernant la haute jurisprudence, la Cour de Cassation a fait - et fait encore - preuve d'une stabilité dans la reconnaissance de la notion d'« intérêt de groupe » afin d'écarter le délit d'abus de biens sociaux commis par les dirigeants des sociétés membres

¹⁰²² M-E. Boursier, *le fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité*, Rev. soc. 2005, n°5 p274, « L'aménagement de l'incrimination d'abus de biens sociaux est justifié par l'existence du groupe de sociétés et de son intérêt commun. Il permet de restituer sa raison d'être à l'abus de biens sociaux en protégeant non plus l'intérêt social de la société mais l'intérêt commun du groupe auquel elle appartient »

du groupe. La première occurrence date de 1985 où la Chambre Criminelle a eu l'occasion d'exprimer sa volonté d'adopter cette notion, établie déjà par la jurisprudence du fond. Dans l'arrêt *Rozenblum*, rendu le 4 février 1985, ladite chambre a estimé que, pour échapper au délit d'abus de biens sociaux, le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement « doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe ». Les arguments de cet arrêt ont été repris par la même Cour dans son arrêt du 21 novembre 2001 où la Chambre Criminelle a déclaré que : « le concours financier apporté par le dirigeant d'une société à une autre entreprise dans laquelle il est intéressé échappe aux prévisions des textes incriminant le délit d'abus de biens sociaux (...) si ce concours est dicté par les intérêts de ce groupe apprécié au regard d'une politique d'un groupe ». Les mêmes termes ont été repris par la même chambre qui affirme dans son arrêt rendu en 2007 que « le concours financier apporté par les dirigeants de droit d'une société à une entreprise du même groupe dans lequel il est intéressé, dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, échappe aux prévisions des textes incriminant l'abus de biens sociaux ¹⁰²³ ». En novembre 2012, la même Chambre ¹⁰²⁴ vient préciser que « l'intérêt du groupe peut constituer un fait justificatif d'une infraction dans la mesure où le concours financier, apporté par le dirigeant d'un groupe de sociétés à l'une d'entre elle par une autre, est dicté par les intérêts de ce groupe apprécié au regard d'une politique commune, n'est pas dépourvu de contrepartie et n'excède pas les possibilités financières de celle qui en supporte la charge ».

533. On constate dès lors que l'existence d'un intérêt de groupe constitue un élément essentiel pour que les dirigeants puissent échapper au délit d'abus de biens sociaux. Cependant une question qui reste délicate pour la doctrine est d'établir une notion précise de ce concept juridique. Il est à constater que cette notion est distincte de la notion « d'intérêt social », mentionnée à l'article 1833 du Code civil français. De même, il faut distinguer cette notion de celle afférente aux sociétés regroupées d'une manière individuelle. Selon *C. Hannoun*, on peut être attentif aux termes du jugement rendu dans l'affaire *Willot* : l'intérêt commun du groupe sera la réalisation d'un « objet social unique »,

¹⁰²³ Cass. crim., 20 juin 2007, n° 07-80.065.

¹⁰²⁴ Cass. crim. 11-87.013, 07 nov. 2013.

le groupe se présente alors comme une société de sociétés, répondant à un intérêt propre qui serait la somme des divers objets des sociétés du groupe¹⁰²⁵. L'intérêt du groupe se fonde donc essentiellement sur l'unité des objets qui présente ce groupe comme une seule entreprise divisée en plusieurs sociétés opérationnelles gérées par une seule société contrôleuse, souvent holding. Selon *Boursier* « le droit pénal des affaires se fonde sur la réalité économique pour admettre l'existence d'un intérêt commun aux sociétés du groupe permettant d'attenter particulièrement et temporairement à l'intérêt social de chacune de ses sociétés ». Mais les sacrifices imposés à la société doivent, selon cet auteur, servir l'intérêt du groupe et être limités à ces facultés contributives.

2- La contrepartie ou l'équilibre de l'opération

534. Comme nous l'avons constaté ci-dessus, cette condition a été énoncée par maintes décisions jurisprudentielles. Ainsi le tribunal correctionnel de la Seine estima dans son jugement, rendu le 26 novembre 1968, que « perdant son individualité, chaque opération doit s'apprécier, hors du cadre de la structure des entreprises, à la lumière d'une politique d'ensemble élaboré par le chef de file du groupe, encore faut-il qu'elle concoure au but commun sans rupture d'équilibre entre les engagements respectifs ». De même, dans l'arrêt *Rozenblum*, rendu par la Chambre Criminelle en date du 4 février 1985, la Cour de Cassation établit comme condition pour pouvoir échapper au délit d'abus de biens sociaux que « le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'une même groupe dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement, (...) ne doit être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées ». Les termes de cet arrêt ont été réaffirmés par la même chambre en plusieurs occasions dont l'arrêt *Boyer* du 4 septembre 1996 dans lequel elle déclare que « le concours financier apporté par le dirigeant d'une société à une autre entreprise dans laquelle il est intéressé, n'échappe aux préventions des textes incriminant le délit d'abus de biens sociaux que (...) s'il n'est pas dépourvu de contrepartie ou ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés... ».

535. De par cette jurisprudence, on constate que l'opération en cause n'a pas à mettre en jeu le patrimoine de la société l'ayant consentie. Les dirigeants de cette société ne pourront arguer de l'importance de l'acte conclu pour le devenir du groupe si cet acte est

¹⁰²⁵ Ch. Hannoun, *le droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J. 1991, n°127.

privé de toute contrepartie pour la société s'il rompt son équilibre. Cette exigence montre en effet l'existence de deux critères en la matière : ou l'opération en cause apporte une contrepartie équitable pour la société sacrifiée, ou elle ne rompt pas l'équilibre des engagements respectifs des sociétés concernées. Dans le premier cas, l'opération permettra à son auteur d'échapper au délit d'abus de biens sociaux même si elle rompt l'équilibre des engagements respectifs des sociétés, et dans le deuxième cas, elle induira les mêmes effets même si elle est démunie de contrepartie.

a) La notion de contrepartie

536. La notion de contrepartie est en lien avec la compensation que la société apportant son concours reçoit de l'opération. Comme Gautier a pu l'écrire, « l'opération litigieuse emporte toujours l'appauvrissement d'une société du groupe au profit d'une autre société, qui s'est corrélativement enrichie, la société bénéficiaire ou une autre société du groupe doit compenser l'effet négatif de l'opération¹⁰²⁶ ». La plupart des auteurs estiment que la notion de « contrepartie » doit s'entendre de la manière la plus large qui soit, pour appréhender tout profit quelconque ; compte tenu que la jurisprudence n'a pas lié cette notion à un caractère financier, mais s'est référée au concours financier.¹⁰²⁷ Ainsi, on peut suivre la thèse d'*Atiback* en distinguant deux sortes de contrepartie : financière et immatérielle. Il s'agit pour la première de « rechercher si les avances consenties ont été remboursées ou si elles ont une chance de l'être ». Ce remboursement peut être immédiat ou ajourné, effectué en argent ou résider dans un transfert de biens matériels évaluables en argent. Cependant, la notion de « contrepartie immatérielle » porte plus sur des éléments économiques que financiers. Dans ce sens, la chambre criminelle de la Cour de cassation déclare que « la notion de contrepartie dans le cadre d'un groupe de sociétés doit être appréciée non seulement au regard de critères purement financiers mais également au regard de critères économiques lesquels commandent l'avenir tant du groupe que des sociétés qui le composent¹⁰²⁸ ». Ce type de contrepartie peut ainsi résider « soit dans le fait que la solidarité financière du groupe permettra un jour de venir en aide à la société aujourd'hui sacrifiée, soit dans la certitude que l'enrichissement du groupe corrélatif à la mise à contribution d'une société profitera indirectement à cette dernière¹⁰²⁹ ».

¹⁰²⁶ T. Gautier, *préc.*, n°659 p417.

¹⁰²⁷ Voir A. Atiback, *l'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, ouvrage précité*, n°188, p108 ; Médina (A), *op. cit.*, p160

¹⁰²⁸ Cass. Crim., 16 juin 2004 n°2-87.520.

¹⁰²⁹ A. Atiback, *préc.* n°202 p115.

Dès lors, la notion de « groupe » justifie certains avantages. Ainsi, selon la Cour de cassation, lorsque la survie de la société mère soutenue par sa filiale conduit à conserver cette dernière en lui permettant, par la notoriété, le savoir-faire et les brevets dont la première jouit, l'accès aux grands marchés publics et l'accès à certains partenariats européens, les prêts et les avances octroyés par la filiale peuvent être susceptibles d'exonérer les dirigeants du délit d'abus de biens sociaux¹⁰³⁰.

b) La notion d'équilibre entre les engagements réciproques

537. La jurisprudence des juges du fond approuvée par la Cour de Cassation exige que le concours financier ne doive pas être dépourvu d'une contrepartie équitable et ne rompe l'équilibre entre les engagements des différentes sociétés concernées. De là, deux questions de fond sont posées par la doctrine : la première consiste à savoir si la notion « d'équilibre » est synonyme ou liée à celle de « contrepartie », et la deuxième porte sur les limites de cette notion dans le groupe de société, c'est-à-dire, si cette notion se restreint à entendre les sociétés concernées par l'opération en cause, ou englobe toutes les sociétés du groupe.

- La différence entre la notion de « contrepartie » et la notion « d'équilibre »

538. La jurisprudence qui exige que l'acte litigieux « ne doit être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées ». L'emploi de la conjonction « ou » placée entre l'exigence d'une contrepartie et l'exigence de l'absence de rupture d'équilibre entre les engagements réciproques emporte obligation de vérifier l'existence de cette dernière en l'absence de toute contrepartie. Selon Boursier¹⁰³¹, l'emploi de la conjonction de coordination « ou » reflète la différence entre la notion de « contrepartie » et celle « d'équilibre ». Ainsi « cette dernière condition alternative permet de mieux cerner les concours basés sur une prestation immatérielle. Cependant le terme de contrepartie se réfère naturellement à une prestation matérielle tandis que la notion d'équilibre octroie au juge un pouvoir d'appréciation élargi à des considérations qui permettent de tenir pleinement compte de contexte de groupes ».

T. Gautier a écrit à juste titre que¹⁰³², « malgré l'emploi de la conjonction « ou », la notion d'équilibre de la transaction implique nécessairement l'existence d'une contrepartie. Cependant, la notion d'équilibre dépasse la seule notion de contrepartie ». Selon lui, on

¹⁰³⁰ Cass. crim. 16 juin 2004 n°2-87.520.

¹⁰³¹ M-E. Boursier, préc. n°91 p291.

¹⁰³² Ouvrage préc. n°661 p. 418.

peut induire l'équilibre de la prise en compte du rôle de la société au sein du groupe. Comme ce rôle n'est pas forcément identique d'une société à l'autre, il est possible que les modalités de mise en contribution d'une société du groupe soient considérées en fonction du rôle qu'elle occupe et de celui de la société bénéficiaire. Ainsi, on peut admettre beaucoup plus facilement qu'une société de service du groupe accorde des tarifs préférentiels à une société opérationnelle que l'inverse. Gautier semble donc vouloir dire que les deux notions ne se différencient pas de l'existence de contrepartie qui revient à la société mise en contribution, mais de la modalité de cette contrepartie. Or l'équilibre exigé par la jurisprudence repose sur la prise en compte du rôle qu'occupent les sociétés concernées dans le groupe : l'exigence d'une contrepartie équitable doit prendre en considération la complémentarité d'activités au sein de ce groupe. Comme celle-ci nécessite de nombreuses transactions entre les sociétés membres du groupe, la contrepartie ne serait appréciée que d'une manière globale, et en fonction de liens économiques et financiers durables entre ces sociétés. Il en va différemment pour les groupes dont les activités pratiquées en leur sein ne sont pas complémentaires (tel est le cas pour beaucoup de groupes multinationaux), là où la contrepartie est appréciée souvent d'une manière ponctuelle et en fonction de chaque opération.

- Les sociétés concernées par l'équilibre

539. Cette question consiste à rechercher si l'appréciation de l'acte conclu entre deux sociétés d'un même groupe doit tenir compte des rapports existant entre toutes les sociétés de ce groupe ou se borner uniquement aux sociétés parties. D'aucuns estiment que doivent être prise en compte exclusivement les intérêts des sociétés contractantes. *CH. Freyria et J. Clara*¹⁰³³ ont écrit en ce sens que « il est préférable de donner une priorité aux rapports des seules sociétés contractantes sans vouloir prospecter un équilibre général entre tous les membres du groupe, impossible d'ailleurs à réaliser dans les groupes de grande importance et encore plus dans les groupes internationaux ».

540. Pour d'autres auteurs, l'expression utilisée par la Cour de cassation doit s'appliquer à l'ensemble des sociétés du groupe en exigeant que les sacrifices ne soient pas imposés à une seule société. L'équilibre requis implique une répartition de l'aide demandée entre les différents membres du groupe pour préserver l'équilibre originel de celui-ci¹⁰³⁴.

¹⁰³³ *Ch. Freyria et J. Clara, de l'abus de biens sociaux et de crédit en groupe de sociétés, JCP éd. E1993, n°13.*

¹⁰³⁴ *Rebut, Abus de biens sociaux, Rép. pén. Dalloz, 2002, p. 1 à 30.*

Selon *Médina*¹⁰³⁵, « ce sont les relations de l'ensemble du groupe qu'il faut apprécier pour juger du caractère répréhensible ou non de l'acte accompli par le dirigeant. Une filiale a pu bénéficier d'un avantage accordé par une autre filiale et être un jour sollicitée à son tour pour venir en aide à la société mère ».

541. Reste une troisième partie dont l'opinion nous semble plus pertinente en la matière. Selon un certain nombre d'auteurs, l'équilibre doit s'apprécier au regard des sociétés qui sont directement ou indirectement concernées par le concours financier. Ce ne sera pas l'ensemble des relations entre les différentes sociétés regroupées qu'il faudra considérer, mais uniquement les sociétés qui sont intéressées ou touchées même indirectement par l'opération en cause. Par exemple : un concours financier accordé par une filiale à une autre filiale du groupe peut recevoir une contrepartie, non pas seulement de cette dernière mais encore de la société mère qui a bénéficié indirectement de ce concours. Ce concours pourrait d'ailleurs être bénéfique pour toutes les sociétés du groupe lorsqu'il est attribué à une société de recherche dont l'activité est essentielle pour tout le groupe. En l'occurrence, la société qui a reçu le concours est directement intéressée par l'acte, de même que les autres sociétés qui sont indirectement concernées par l'acte en cause.

3- L'absence d'atteinte irrémédiable à la situation de la société

542. Cette condition apparaît avec une certaine clarté dans la jurisprudence. Le délit d'abus de biens sociaux ne sera pas écarté par la seule existence d'intérêt du groupe s'il est de nature à mettre en péril le devenir de la société mise à contribution. La jurisprudence a ainsi dans beaucoup d'occasions affirmé que les dirigeants n'ont pas à faire prendre à la société des risques financiers excessifs. Ainsi, la Cour de cassation, le 24 juin 1991, a estimé que l'opération ayant contraint la société mise en contribution à procéder à des licenciements de personnel et ayant créé des déficits compromettant le paiement des dettes sociales, ne peut être valablement exonérée par l'existence d'un groupe. Dans un autre arrêt¹⁰³⁶, la même Cour a déduit l'atteinte irrémédiable à l'intérêt d'une filiale, issue des transferts de sa trésorerie au profit d'une autre filiale, de l'incapacité financière de cette dernière à accéder au remboursement des avances et des prêts. En revanche, si la société mise en contribution peut supporter la charge d'une aide financière en faveur d'une autre

¹⁰³⁵ A. Médina, *Abus de biens sociaux – prévention, détection, poursuite*. Dalloz 2001.

¹⁰³⁶ Cass. crim. 5 mai 1997. J.C.P., éd. E 1997, n°41, pan. N° 1049, Bull. Joly 1997, §342 p953, note Barbieri.

société du groupe, l'acte ne sera pas répréhensible si les autres conditions sont réunies.

543. Par ailleurs, l'acte susceptible d'être qualifié « d'abus de biens sociaux » doit être apprécié au moment où il a été accompli et en non en fonction de son résultat effectif. Ainsi au moment de sa réalisation, l'opération ne doit pas faire courir à la société un risque déraisonnable. En ce sens, la Cour de cassation a reproché à la cour d'appel de Versailles d'avoir relevé la commission du délit d'abus de biens sociaux, par le dirigeant d'une filiale, au moment de l'ouverture du redressement judiciaire et non pas à la date de l'investissement reproché¹⁰³⁷.

Reste à se demander enfin si la confusion de patrimoine est synonyme ou non du délit d'abus de biens sociaux. Les dirigeants de la filiale, auteurs de la confusion sont-ils condamnable à ce délit ? Nous avons constaté que l'établissement de la confusion de patrimoine exige des juges du fond de constater l'existence des relations ou des flux financiers anormaux entre la filiale et ses dirigeants. La jurisprudence et la doctrine divergent sur la notion d'anormalité qui caractérise ces relations ou flux. Selon un certain nombre de décisions judiciaires, l'anormalité provient de l'absence de contrepartie. Elle se trouve identifiée dès lors qu'une société utilise systématiquement et anormalement l'actif d'une autre sans contrepartie¹⁰³⁸. Une autre partie de la doctrine et de la jurisprudence explique l'anormalité des flux financiers par l'absence d'obligation liant les sociétés dont les patrimoines sont confondus¹⁰³⁹. C'est le cas par exemple lorsque la juridiction constate qu'une société occupait l'immeuble d'une autre sans qu'aucun titre ne définisse les conditions juridiques ou financières de cette occupation¹⁰⁴⁰.

Nous constatons dès lors que les dirigeants auteurs de la confusion de patrimoine ne peuvent invoquer la notion d'intérêt de groupe pour échapper au délit d'abus de biens sociaux, faute de l'existence d'autres conditions. Cette confusion est souvent révélatrice

¹⁰³⁷ Cass. crim. 11 févr. 2009 n°07-88.695 : «alors que le délit d'abus de biens sociaux doit s'apprécier à la date de l'investissement reproché ; qu'en retenant le passif de la société FLGC lors de l'ouverture du redressement judiciaire (...) la cour d'appel n'a pas justifié sa décision »

¹⁰³⁸ CA Versailles. CH. 13 - 10/07901 - 03 mars 2011 « l'anormalité résidant dans l'absence de contrepartie » ; voir encore : CA Nîmes, ch.com. 09/03504 - 19 mai 2011 : « le fait que le débiteur en liquidation judiciaire ne se soit pas appauvri du fait des relations financières anormales avec la SCI, n'est pas une condition requise pour retenir la confusion des patrimoines entre les sociétés, laquelle se trouve caractérisée dès lors que l'une d'entre elles utilise l'actif de l'autre sans contrepartie, de façon systématique et anormale » ; CA. Versailles- CH. 13 - 10/08378 - 24 mars 2011 « Il est de jurisprudence constante que la confusion des patrimoines repose sur deux critères alternatifs, mais parfois cumulés, à savoir celui de la confusion des comptes et celui des relations financières anormales correspondant à des transferts patrimoniaux effectués par action ou par abstention, l'anormalité résidant dans l'absence de contrepartie ».

¹⁰³⁹ CA Bordeaux, ch. civ. 02 - 08/05612 - 09 mars 2009.

¹⁰⁴⁰ Cass. com. 19 nov. 1996, n°94-19.738.

d'un abus de bien sociaux à leur encontre. En revanche, ils ont vocation à se faire prévaloir de l'absence d'élément intentionnel pour ce délit.

Conclusion du chapitre

544. la confusion de patrimoines des sociétés liées constitue donc un facteur important pour la protection des créanciers des sociétés filiales contre l'immixtion fautive de la société mère. Les conséquences d'ouverture de la procédure collective ne se limitent pas à la seule société filiale défaillante à ses obligations, mais s'étend à la société mère et à d'autres sociétés ayant patrimoine confondu avec le sien. Une même procédure peut s'appliquer à plusieurs sociétés regroupées et impliquer ainsi une faillite globalisée au niveau du groupe. On constate cette situation lorsqu'au sein de plusieurs filiales ayant les mêmes dirigeants, interviennent des relations et flux financiers anormaux à l'origine d'une confusion de leur patrimoine. Selon l'article 621-2 du Code de commerce, la procédure collective doit en l'état être étendue de la société en cause à l'ensemble des dirigeants et des autres filiales.

Néanmoins, ce n'est pas seulement la confusion de patrimoine qui peut entraîner l'extension de la procédure collective de la filiale à ses dirigeants ou aux autres sociétés de son groupe. La fictivité de cette dernière peut également impliquer le dévoilement de sa personnalité morale et déboucher ainsi sur la responsabilité de la société mère, maîtresse effective de l'affaire.

Chapitre II : La protection des créanciers de la filiale en cas de fictivité

545. Il n'est pas rare, dans le cadre de groupes de sociétés, qu'il existe une ou plusieurs filiales fictives, constituées dans le seul but de masquer les agissements de la société mère¹⁰⁴¹. Celle-ci, motivée par l'unité économique du groupe, tend souvent à atténuer le cloisonnement juridique entre ses filiales, considérant leur ensemble comme un réservoir global d'actifs, utilisable en fonction des nécessités économiques. Cette tendance est telle que certaines filiales n'apparaissent en réalité que comme une coquille vide dépourvue de toute autonomie, voire d'existence légale. Plusieurs avantages sont recherchés par la société mère, ainsi l'exercice d'une activité commerciale en se cachant derrière l'apparence de la filiale fictive, l'obtention d'un crédit bancaire au nom de cette dernière en évitant les poursuites de ses créanciers, ou le partage des risques financiers entre ses filiales réelles en remettant certains à la charge de la filiale fictive¹⁰⁴². Dans de telles situations, cette dernière n'est en effet qu'un "prête-nom" de la société-mère « qui entend exercer tous les pouvoirs en escomptant seulement retirer les avantages résultant, notamment sur le plan de la responsabilité, d'une interposition de personnes¹⁰⁴³ ». En ce sens une Cour d'appel¹⁰⁴⁴ a pu déclarer qu'une société apparaît fictive « lorsqu'elle est dépourvue de toute autonomie décisionnelle et notamment de la faculté de décider de sa liquidation ou de sa survie, cette faculté appartenant en fait au véritable maître de l'affaire ».

546. Pour cette raison, le législateur, et pour une plus grande part la jurisprudence, ont voulu protéger cette réalité juridique en sanctionnant les atteintes. La société mère, associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, n'a à s'ingérer dans les affaires particulières de celle-ci que par l'intermédiaire de ses organes sociaux, en respectant, au demeurant, ses

¹⁰⁴¹ Voir A. Martin-Serf, *Constitution de la société : consentement des parties. – Sociétés fictives et frauduleuses*, *JurisClasseur Commercial*, cote 05, 2012 : « Le chef d'entreprise qui décide de se mettre à l'abri derrière une société de façade est, entre autres motivations, désireux d'échapper aux conséquences d'une procédure collective en cas de cessation des paiements de son entreprise ».

¹⁰⁴² Voir, S. Gannam, *op. cit.*, p.162.

¹⁰⁴³ Voir : J. Barthélémy et al., *Le droit des groupes de sociétés*, *op.cit.*, n°12204, p.550 ; A. Lienhard, *Procédures collectives, prévention et conciliation, sauvegarde redressement judiciaire, liquidation judiciaire sanctions, procédure*, édition Delmas, 3e éd. 2009, n°717, p.144 : « Une société est fictive lorsque les personnes qui se présentent comme des associés ne sont des prête-noms ou les comparses du véritable maître de l'affaire. La société n'est qu'une façade masquant les agissements de celui qui se dissimule derrière elle, avec une intention frauduleuse » ; voir encore : F. Pérochon et R. Bonhomme, *(Entreprises en difficulté, instrument de crédit et de paiement, 8ièm éd, Lextenso édition, 2009, n°157, p.130)* qui ont écrit en définissant la notion de fictivité « La notion de fictivité suppose une personne morale dont l'existence n'est qu'une façade d'un trompe-l'œil, cette personne dénuée d'activité et de volonté propre agissant comme le simple exécutant des directives qui lui sont données par le maître de l'affaire ».

¹⁰⁴⁴ Voir l'affaire *Metaleurop*, CA Douai, 2 oct. 2003, D. 2003.2571, obs. Lienhard.

prérogatives juridiques et l'intérêt social de la filiale. Depuis longtemps, la Chambre commerciale de la Cour de cassation confirma les juges du fond qui étendirent la faillite prononcée contre la société à ses associés et dirigeants sur fondement de la fictivité de celle-ci. C'était bien antérieur à la sanction particulière d'extension de faillite aux dirigeants créée pour la première fois par le décret-loi du 8 août 1935 (C. com. art. 446 abrogé). Un arrêt du début du siècle (rendu le 29 juin 1908) paraît en effet en être le premier maillon¹⁰⁴⁵. Également, dans le cadre des groupes de sociétés, la même Chambre a eu plusieurs occasions¹⁰⁴⁶ pour approuver l'analyse des juges du fond qui étendirent la faillite prononcée contre une filiale à sa mère ou à d'autres sociétés de son groupe en se fondant sur la fictivité de la filiale. Elle constatait que les dirigeants étaient les mêmes, les activités étaient exercées dans les mêmes locaux, le personnel était commun, et la comptabilité était unique pour toutes les sociétés. Autrement dit, la filiale en cause était dénuée de toute existence juridique à l'égard des autres sociétés.

547. Cependant, il doit être souligné que, comme dans la confusion de patrimoine, la seule appartenance d'une société à un groupe n'est pas en soi de nature à imputer à celle-ci la qualification de fictive. Selon un arrêt de la Cour de cassation, le fait que, outre la similitude des sigles et l'identité des dirigeants et du siège social, une société a été incapable d'assumer son rôle financier de holding à l'égard de sa filiale dont elle dépendait totalement, ne suffit pas à caractériser la fictivité de cette société¹⁰⁴⁷.

Néanmoins, la fictivité peut, dans le cadre de groupes de sociétés, prendre deux formes : fictivité de la filiale elle-même (première section) et fictivité de l'action du/des dirigeant(s) de la filiale (seconde section).

¹⁰⁴⁵ Cf. *Cass. req.*, 29 juin 1908 : *DP* 1910, I, p. 233, note *J. Percerou*. Plus récemment (Cf. *A. Martin-Serf*, *Constitution de la société*, op. cit., n°173), l'ancien article 446 du Code de commerce (*rédaction 1955*) « permettait de déclarer la faillite d'une société commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, avait fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des biens sociaux comme des siens propres. ».

¹⁰⁴⁶ Voir à titre d'exemple, *Cass. com.* 29 janv. 1968 : *Bull. civ.* 1968, IV, n° 43. – *Cass. com.*, 26 juin 1968 : *Bull. civ.* 1968, IV, n° 209 ; *Cass. com.* 15 juin 1971 : *Bull. civ.* 1971, IV, n° 171. – *Cass. com.*, 7 mars 1972 : *Rev. soc.* 1973, p. 339, note *J.-P. Sortais*. – *Cass. com.* 28 mars 1977 : *Rev. soc.* 1978, p. 119, note *J.-P. Sortais*.

¹⁰⁴⁷ *Cass. Com.* 27 oct. 1998 : *RJDA* 1/99 n°42.

Section I : La protection des créanciers en cas de fictivité de la filiale elle-même

548. La fictivité engendre des conséquences sur la personne morale de la filiale qui s'avère, totalement ou partiellement, irréaliste. Dans certains cas, c'est l'ensemble de cette personne qui apparaît fictif, au point que ses créanciers ne trouvent plus aucun actif social. Dans d'autres cas, la fictivité ne frappe qu'une seule partie des attributs de la filiale, si bien que le gage de ses créanciers devient limité. L'analyse de ces deux types de fictivité doit viser, en définitive, la protection des créanciers de la filiale fictive par la saisie de la responsabilité de la société mère fondatrice, associée ou dirigeante de cette filiale.

Sous-section I : La protection des créanciers de la filiale totalement fictive

549. Comme nous l'avons souligné, l'article L. 621-2 du Code de commerce français prévoit que la procédure collective ouverte à l'encontre d'une personne morale peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de fictivité de celle-ci. L'application de ce texte trouve un terrain favorable dans le cadre de groupes de sociétés où la société mère pourrait procéder à la création d'une ou plusieurs filiales, non pour leur accorder l'exercice d'une activité particulière, mais en vue de se soustraire à la vue de ses créanciers, en se plaçant derrière leur apparence virtuelle. C'est pour cette raison que les juges du fond ne cessent de prononcer l'ouverture d'une procédure collective à la fois contre la société mère et contre sa filiale lorsque celle-ci est purement fictive, « soit que son capital appartînt entièrement à la société mère, soit que la filiale n'ait été créée que pour faire échapper la société mère aux aléas de l'entreprise, soit que l'actif et le passif de deux sociétés fussent confondus ou étroitement imbriqués¹⁰⁴⁸ ». Comme l'a démontré M-M. Berairie¹⁰⁴⁹, la jurisprudence ne se convainc pas de la simple réunion des conditions formelles nécessaires à l'acquisition de la personnalité morale, puisque cette dernière est en lien indissociable avec l'existence d'un intérêt collectif supérieur et différent de celui de chaque associé. Lorsque cet intérêt n'est en réalité qu'un faux semblant, créé par la société mère pour échapper à ses obligations, les tribunaux doivent confronter cet artifice au fait concret, en permettant à ceux qui ont contracté avec la filiale fictive de se retourner contre la société

¹⁰⁴⁸ Cass. Req. 13 mai 1929, DP 1930.1.128; Cass. com. 4 janv. 1956, Bull. Civ. III, no 6, RTD com. 1956.513; 19 mars 1957, Bull. Civ. III, no 106; CA Paris, 23 juill. 1936, S 1937.2.4; 15 nov. 1938, S. 1939.2.12; CA Angers, 13 juill. 1956, JCP 1956. II. 9514, obs. M. P., RTD com. 1956.728.

¹⁰⁴⁹ M-M. Berairie, *La personnalité morale de la société commerciale, les conditions de son acquisition et les limites de son allégation, étude comparée en droit égyptien, français et anglais, Daresfekrealarabie*, 1985, p.174.

mère.

550. Par ailleurs, différemment de la confusion de patrimoine, la fictivité prive la filiale en cause de la personnalité morale¹⁰⁵⁰. Cette privation a créé dans la doctrine et la jurisprudence des difficultés quant aux conséquences qui devaient être tirées de la fictivité. Traditionnellement, la société fictive était considérée comme une société inexistante : elle n'est pas seulement nulle. L'action en déclaration de fictivité était alors assimilable à une action en déclaration d'inexistence¹⁰⁵¹. D'autres doctrines et jurisprudences plus récentes estiment que la fictivité provoque la nullité de la société, et non son inexistence. Une société fictive est une société nulle du fait de l'absence d'un ou plusieurs éléments constitutifs de son contrat. L'importance de cette distinction découle en effet des conséquences qui en résultent. D'une part, la nullité d'une société induit les mêmes effets qu'une dissolution et n'opère pas rétroactivité. D'autre part, à l'inverse de l'inexistence, la nullité peut être couverte jusqu'à ce que le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si elle résulte de l'illicéité de l'objet social. En troisième lieu, l'action en nullité se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue, alors que l'action en déclaration d'inexistence serait prescriptible par trente ans, voire imprescriptible.

551. Néanmoins, la nullité d'une filiale peut trouver sa cause dans l'absence d'une ou de plusieurs conditions constitutives du contrat social. Il peut s'agir d'abord de l'absence de consentement, traduit dans la doctrine par *l'affectio societatis*. Fondatrice de sa filiale, la société mère n'a pas la volonté de s'engager dans les statuts de celle-ci, ou de s'impliquer véritablement dans une entreprise réelle par des participations au capital mais elle fait semblant. De plus, dans les pratiques les plus constatées, la fictivité résulte de l'absence de pluralité d'associés ou d'une pluralité fictive ; c'est-à-dire, l'hypothèse de la filiale de façade dissimulant, grâce à la complaisance de prête-noms, associés fictifs, l'activité du véritable maître de l'affaire, la société-mère. *M. Cozian* et *alter*¹⁰⁵² notent en ce sens qu'« une société

¹⁰⁵⁰ Voir, *P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz action, 2009-2010, n°213.44, p.264.*

¹⁰⁵¹ Voir en ce sens *A. Martin-Serf, Constitution de la société, op. cit., n°173 : « L'ancien article 446 du Code de commerce (rédaction 1955) permettait de déclarer la faillite d'une société commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, avait fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des biens sociaux comme des siens propres. Mais il arrivait déjà à cette époque que les règles sur l'extension de la faillite sociale fussent écartées par la jurisprudence en présence d'une société purement fictive qui n'avait possédé en réalité ni personnalité ni patrimoine distincts de ceux du maître de l'affaire. La faillite pouvait alors être prononcée directement contre ce dernier, sans mise en faillite préalable de la société (Cass. com., 5 déc. 1949 : JCP G 1950, II, 5829, note J. Larguier. – Cass. com., 23 juin 1954 : Bull. civ. 1954, III, n° 223) ».*

¹⁰⁵² Voir *M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, LexisNexis, 2011, n°152, p.85.*

fictive est nulle faute de pluralité d'associés et faute d'*affectio societatis*¹⁰⁵³ ».

552. Par ailleurs, l'absence de pluralité peut se constater *a posteriori* de la création de filiale, au cours de la vie de celle-ci par une réunion de ses parts ou actions dans les mains de sa mère. Cette absence amène à se demander si elle peut entraîner la fictivité de la filiale en cause. Selon *M-M. Berairie* la personnalité morale prend fin et la filiale obéit alors aux mêmes principes inhérents à la société fictive dès l'origine. La raison en est qu'on se trouve au cas échéant en présence d'une seule personne exerçant un projet particulier derrière une personnalité fictive. Cette personne ne peut en effet échapper à sa responsabilité illimitée qu'en régularisant les conditions défectueuses. *M-M. Berairie* ne semble cependant pas s'en tenir aux règles adoptées en la matière¹⁰⁵⁴, car la réunion des parts ou des actions aux mains d'un associé unique n'est pas, à elle-seule, suffisante pour aboutir à la dissolution immédiate et automatique de la société dont la personnalité morale demeure pendant la durée de la régularisation légalement accordée à cet associé. La dissolution nécessite également qu'une décision judiciaire demandée à l'initiative de tout intéressé y soit prononcée, d'où la persistance de la personnalité pendant la période antérieure à cette décision. Pourtant, il doit être souligné que le droit français, à l'inverse du droit libyen, reconnaît depuis l'année 1985 la société unie-personnelle, telle l'EURL, la SASU, SELARL¹⁰⁵⁵ et SELAS¹⁰⁵⁶. Dorénavant, il n'y plus lieu de parler d'une absence d'*affectio societatis* ou d'une absence de pluralité d'associés, ce qui exclut par le fait la fictivité de ce type social.

553. De surcroît, la fictivité peut être déduite, non de l'absence d'un élément constitutif de la filiale, mais de l'absence d'autonomie de cette filiale à l'égard de sa mère. En effet, les dirigeants de la filiale peuvent parfois ne jouir que d'une petite marge de manœuvre en raison de l'ingérence de la société-mère dans leurs prérogatives. Dans un arrêt d'appel de Paris¹⁰⁵⁷, la Cour a considéré comme fictives trente-deux SARL créées pour gérer, dans le cadre d'une franchise, l'enseigne d'hôtel «*FORMULE 1*» ; les gérants ne disposaient en effet d'aucune autonomie d'action, les moindres décisions leur étant dictées par le

¹⁰⁵³ Mais il faut se rendre compte que la simple détention par la société mère de l'essentiel du capital de sa filiale n'est pas en soi suffisante pour caractériser la fictivité. Comme l'ont relevé *M. Cozian* et ses coauteurs (ibidem n°154, p.87) « on pourrait annuler comme fictives les très nombreuses sociétés dont le capital appartient à plus de 99% à une seule personne qu'elle soit physique ou morale. La déclaration de fictivité demeure exceptionnelle ».

¹⁰⁵⁴ L'article 1844-5 du Code civil français prévoit que « la réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société ».

¹⁰⁵⁵ SELARL : Société d'Exercice Libéral à Responsabilité Limitée.

¹⁰⁵⁶ SELAS : Société d'Exercice Libéral par Actions Simplifiées.

¹⁰⁵⁷ CA. Paris, 7 juin 2001, *RJDA* 1/2002, n°41.

franchiseur (*ACCORD*). De même, l'immixtion de la société mère peut se remarquer dans l'exécution des contrats conclus par la filiale, ce qui, pour les créanciers de cette dernière, les amène, derrière cette apparence trompeuse à croire que la société mère était partie prenante dans ces contrats. Dans un arrêt récent¹⁰⁵⁸, la Cour de cassation a déclaré qu'une société mère peut avoir à répondre de la rupture d'un contrat conclu par sa filiale. Il s'agit dans cette affaire d'un agent commercial qui avait demandé réparation de la rupture de son contrat d'agence à son mandant, une société, ainsi qu'à la société mère de cette dernière. Une cour d'appel avait déclaré la société mère solidairement responsable des condamnations prononcées contre la filiale, ayant déduit des éléments suivants que la société mère s'était immiscée dans les relations de sa filiale avec l'agent : elle avait directement adressé à l'agent, au lieu et place de la filiale, de nombreuses correspondances concernant le contrat, certaines étant rédigées sur un papier à en-tête mentionnant les sigles des deux sociétés mais signées par le seul dirigeant de la société mère ; d'une manière générale, toutes les discussions relatives à la renégociation du contrat avaient été menées par la société mère, à l'initiative de son dirigeant.

La Cour d'appel avait ajouté que la société mère avait disposé d'une autorité de fait sur les responsables de la filiale en raison de l'influence prédominante qu'elle avait exercée sur elle et du fait qu'elle avait agi en étroite interdépendance avec elle. L'arrêt d'appel a été censuré : il ne ressortait pas de ces motifs que l'immixtion de la société mère avait été de nature à créer pour l'agent une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son cocontractant. La Cour de cassation sous-entend dès lors que le cocontractant de la filiale peut agir contre la société mère en réparation des dommages causés par la rupture du contrat si celle-ci a créé une apparence trompeuse propre à faire croire au cocontractant qu'elle a été partie au contrat. Cette jurisprudence semble aller à l'encontre de deux principes généraux, à savoir : celui de l'effet relatif du contrat (C. civ. art. 1165) et celui de l'autonomie des personnes morales (ch. C. civ. art. 1840). En effet, l'application de ces principes devrait normalement interdire au cocontractant d'une filiale de demander à la société mère l'exécution du contrat ou la réparation des dommages causés par son inexécution. Mais, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a toutefois précisé que ces principes doivent être écartés s'il est prouvé que la société mère s'est immiscée dans l'exécution du contrat de façon à créer pour le cocontractant une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que

¹⁰⁵⁸ *Cass. com. 12 juin 2012 n° 11-16.109 (n° 691 FS-PB), Sté PCAS c/ Sté Markinter.*

cette société était aussi partie au contrat¹⁰⁵⁹. C'est cette règle qui est appliquée ici par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Il ne suffit pas de démontrer l'immixtion de la société mère dans l'exécution du contrat conclu par sa filiale comme a pu le juger la chambre commerciale dans un arrêt rendu quelques jours avant celui de l'assemblée plénière¹⁰⁶⁰. Il faut aussi que les juges caractérisent en quoi le cocontractant a pu légitimement penser que la société mère était aussi son cocontractant : c'est peut-être ce que jugera la cour d'appel de renvoi.

554. Par ailleurs, la fictivité de la filiale peut provenir de l'absence d'apport ou d'apport fictif de la société mère ou de l'absence d'activité de la filiale. Dans un arrêt rendu le 7 janvier 2013, la Cour d'appel de Bordeaux¹⁰⁶¹ a considéré comme fictive une SARL qui, constituée entre deux personnes avec seulement un montant de 100 € du capital, « n'eut pas d'activité de son immatriculation jusqu'en mai 2011, dont l'un des associés et gérant s'est manifestement désintéressé dès sa création ».

555. Toutefois, quelle que soit la cause de fictivité, l'objectif recherché dans la doctrine et la jurisprudence est de dépasser le statut simulé pour atteindre le véritable débiteur. En l'absence de sociétés réelles, le groupe se réduit à une seule société. On pourrait dans ce cas s'interroger sur la possibilité d'étendre la procédure collective de la filiale fictive à la société fondatrice. D'emblée, la réponse paraît être négative, car il n'existe aucune personne morale apte à supporter l'action judiciaire et ainsi la procédure de liquidation ou de redressement. Le seul débiteur qui doive assumer la responsabilité est celui qui exerce l'activité économique : la société-mère. Cependant, le législateur et la jurisprudence ne semblent pas être convaincus par cette affirmation. Comme indiqué précédemment, l'article L. 621-2 du Code de commerce français permet au tribunal d'étendre la procédure collective d'une société fictive à son fondateur, ce qui explique, qu'à coup sûr, il accepte l'ouverture de la procédure initiale contre cette société en dépit de son existence virtuelle. Lorsqu'il s'agit d'une filiale fictive protégeant des intérêts particuliers de sa mère, la procédure collective peut être ouverte à son encontre et étendue à celle-ci. Cette filiale disparaît en s'absorbant dans le patrimoine de sa mère qui l'avait créée¹⁰⁶². De même, la procédure judiciaire ouverte à l'égard d'une filiale fictive n'est pas seulement applicable à la société-mère en qualité de fondatrice, mais également en tant qu'associée

¹⁰⁵⁹ *Cass. plén.* 9-10-2006 n° 542: *RJDA* 1/07 n° 50.

¹⁰⁶⁰ *Cass. com.* 3-10-2006, n° 1143 : *RJDA* 2/07 n° 129.

¹⁰⁶¹ *CA Bordeaux ch.civ.* 02 - 12/00622 - 07 janv. 2013.

¹⁰⁶² *T. Gautier, Les dirigeants et les groupes de sociétés, op.cit., n°800, p.490.*

unique, majoritaire ou dirigeante de cette filiale. Il est en effet envisageable que la filiale soit réellement constituée, mais devienne plus tard fictive par l'absence d'un élément constitutif de son contrat ou par la perte de son indépendance juridique. Ses créanciers peuvent alors réclamer l'extension de procédure contre la société-mère, associée ou dirigeante de droit ou de fait¹⁰⁶³.

556. En revanche, comme la procédure collective ne vise que la remise des obligations de la filiale fictive à la charge de sa mère, celle-ci peut être poursuivie pour la faute personnelle d'avoir créé une filiale fictive (C. civ. art.1382). Les tiers, qui se sont fiés à l'apparence de la régularité, peuvent demander à la société-mère des dommages-et-intérêts en plus de l'exécution des engagements inhérents à la procédure collective. Cette faute est bien caractérisée par l'utilisation frauduleuse de règles relatives à la personnalité morale (abus de personnalité morale). La faute de gestion peut encore être recherchée à l'encontre de la société-mère dirigeante de sa filiale qui, utilisant abusivement le patrimoine de celle-ci, lui a fait perdre son existence juridique. Mais établir sa responsabilité sur la faute de gestion implique que la filiale fictive soit au départ existante et qu'elle disparaisse à la suite d'une direction défectueuse de la part de sa mère. Ainsi, si elle était fictive dès l'origine, la société-mère ne peut être poursuivie que du chef de sa faute personnelle, prévue à l'article 1382 du Code civil français (C.civ. lib. art.166). Mais, il n'y a pas de raison d'éliminer la responsabilité des dirigeants de celle-ci, fondée sur leur faute de gestion reposant sur la création d'une filiale fictive. L'utilisation fautive des biens de la société qu'ils dirigent est susceptible de caractériser leur faute de gestion et ainsi retenir leur responsabilité vis-à-vis de ceux qui se sont fiés à l'apparence de la filiale fictive. La faute de gestion ne leur est donc pas imputée en qualité de dirigeants de la filiale-façade, mais en tant que tels pour la société-mère.

557. De plus, la faute personnelle pourrait être invoquée à l'encontre des associés de la société mère qui ont laissé la situation de fictivité s'installer sans faire obstacle aux assemblées générales, ou qui se sont déterminés, par leur pouvoir de contrôle, à commettre une telle fraude pour sauver leur société des poursuites judiciaires. Il n'est en effet pas impossible qu'ils se voient revêtus de la qualification de dirigeants de fait et soient ainsi poursuivis pour leurs omissions dans la constitution de la filiale fictive¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶³ Infra, La notion de dirigeant de fait, n° 585 et ss.

¹⁰⁶⁴ Voir sur la responsabilité des associés en général : L. Godon, *Affirmation de la faute personnelle de l'associé, distincte de la faute de l'organe social dont il est membre. Précisions quant au critère de la faute personnelle et quant au fondement juridique de la condamnation*, Note sous Cour de cassation (com.) 22 nov.

Sous-section II : La protection des créanciers en cas de fictivité partielle de la filiale

558. Bien que liée à son groupe, la filiale dispose d'une personnalité morale distincte de toute autre société. En conséquence, elle jouit d'un patrimoine. Au-delà de ce patrimoine, ses créanciers n'ont, en principe, aucun recours à l'encontre des autres sociétés du groupe¹⁰⁶⁵. Il leur importe peu qu'elle fasse ou non partie d'un groupe composé de plusieurs sociétés. Bien au contraire, cette appartenance pourrait être à l'origine d'une coexistence de plusieurs intérêts qui auront conduit à sacrifier celui de la filiale débitrice.

Le capital de la filiale revêt dès lors une importance cruciale au regard de la réalité des groupes. Les législateurs français et libyen ont introduit en la matière plusieurs règles impératives ayant pour effet de garantir son intangibilité et d'offrir aux créanciers une certaine marge de sécurité vis-à-vis des organes sociaux. Il s'agit pour ces règles de l'interdiction à la société des agissements suivants : le rachat de ses propres actions ; les participations réciproques au capital avec d'autres sociétés et l'autocontrôle.

I- L'interdiction de rachat par la filiale de ses propres actions

559. Le principe est bien affirmé dans les droits français et libyen. Selon l'article 225-206 du Code de commerce français (L. n°66-537, du 24 juill. 1966 art. 217), «la souscription et l'achat par la société de ses propres actions, soit directement, soit par une personne agissant en son nom propre, mais pour le compte de la société, sont interdites».

On trouve également cette même interdiction dans l'article 120 du Code de commerce libyen selon lequel « le rachat par la société de ses propres actions est interdit sauf autorisation particulière de l'assemblée générale ordinaire et à condition que la contrepartie du rachat soit réglée en totalité par les profits sociaux nets ».

La raison de l'interdiction repose sur l'idée que la société ne peut logiquement être son propre actionnaire et ainsi créancier et débitrice d'elle-même¹⁰⁶⁶. En effet, les actions ne sont pas exactement des biens ordinaires : elles représentent des droits sur la société elle-même plutôt que des droits pour la société elle-même¹⁰⁶⁷. De plus, le rachat entraîne un risque majeur pour l'intangibilité du capital social, mettant en doute sa réalité concrète.

2005 (2 arrêts).

¹⁰⁶⁵ T. Gauthier, *op. cit.*, n°772, p. 478 : « le capital social représente le gage des créanciers, au sens de garantie, de sécurité, plus qu'au sens de gage ».

¹⁰⁶⁶ P. Merel, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 15e éd. 2012, n°279, p.331.

¹⁰⁶⁷ P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n°1061, p. 673.

L'interdiction vise alors à protéger le gage des créanciers en évitant l'existence d'une fictivité partielle relativement importante dans le capital.

560. Par ailleurs, même si la règle est claire pour le rachat d'actions, la question se pose néanmoins s'agissant de la validité des promesses de ce rachat. On peut signaler qu'avant la loi de 1966, ce type de convention était fréquent et parfaitement valable. Dans un arrêt rendu le 24 janvier 1934, la chambre des requêtes de la Cour de cassation valida une clause des statuts aux termes de laquelle les actions de garantie d'un directeur lui seraient remboursées par la société (et ce pour leur montant nominal) en cas de cessation de fonctions par démission ou pour toute autre cause¹⁰⁶⁸ ». Plus récemment, la Cour de cassation¹⁰⁶⁹ (en application de l'article 217-9 de la loi n°66-537, du 24 juillet 1966¹⁰⁷⁰) désapprouva la Cour d'appel de Grenoble¹⁰⁷¹ pour avoir validé l'engagement par une société de racheter ses propres actions à l'un de ses actionnaires. La promesse de rachat, conclue le 17 mai 2001, stipulait en effet qu'en cas de dénonciation du contrat par la SA, celle-ci rachèterait ou ferait racheter les actions possédées par l'actionnaire. La Cour de cassation constata dans cette formule contractuelle une violation de l'article L.225-207 du Code de commerce et ainsi déclaré « qu'en statuant (...) qu'en vertu de l'article L.225-206 du Code de commerce, le rachat par une société anonyme de ses propres actions n'est autorisé que dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles L.225-207 à L.225-217 du même Code, dispositions impératives parmi lesquelles ne figure pas la situation dans laquelle la société anonyme se serait engagée envers un actionnaire à lui racheter des actions, la cour d'appel qui ne pouvait imposer aux actionnaires de mettre en œuvre l'une des procédures prévues a violé les textes susvisés¹⁰⁷² ».

561. Néanmoins, considérant les avantages que peut présenter le rachat de ses propres actions par une société, les législateurs français et libyen ont prévu un certain nombre de dérogations au principe d'interdiction. D'une part, outre sa fonction classique, le

¹⁰⁶⁸ Req. 24 janv. 1934. *Journ. Sociétés* 1935. 545 ; S. 1935.1.17, note P. Esmein.

¹⁰⁶⁹ Cass. com. 1er civ. 15 nov. 2010, F-D, n°09-69.308.

¹⁰⁷⁰ Selon cet article « Une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers ».

¹⁰⁷¹ Cour d'appel de Grenoble, 23 juin 2009.

¹⁰⁷² Voir R. Mortier, Nullité de promesse de rachat d'actions propres, note sous Cour de cassation (1re civ.) 15 nov. 2010, F-D, n° 09-69.308, Ballereau c/ Clinique Saint-Charles, rev. soc. 2011, p. 168. Selon l'auteur « la solution mérite l'entière approbation, car l'article L. 225-206 du Code de commerce, texte visé par la Cour de cassation, dispose en effet que l'achat par une société de ses propres actions est autorisé dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles L. 225-207 à L. 225-217 du même Code ». Il ajoute qu'« Au-delà de la tonalité libérale du texte, il faut lire : « n'est autorisé que » dans les conditions... Le texte est bien d'ordre public, et oblige la société, pour racheter ses actions, à se couler dans le moule de la loi ».

rééquilibrage capitalistique d'une société déficitaire, le rachat d'actions peut présenter l'avantage pour une filiale disposant d'une trésorerie excédentaire de diminuer le nombre de ses titres en circulation par l'augmentation de valeur des titres non rachetés. Cette opération se concrétise par la technique du regroupement des actions consistant, comme nous l'avons vu plus haut¹⁰⁷³, à changer un nombre déterminé d'actions existantes contre une action nouvelle. D'autre part, le rachat est également intéressant pour la société mère actionnaire majoritaire de sa filiale, qui en tire profit pour se stabiliser et se protéger contre des prises de contrôle inamicales. Cet avantage paraît du reste compréhensible lorsque les actions de la filiale sont admises aux négociations sur un marché réglementé car la société mère, dirigeante de droit ou de fait de sa filiale, est à même de contrôler le marché public de cette dernière afin d'éviter l'existence en son sein d'autres personnes, étrangères à son groupe. De plus, ce mécanisme permet à la filiale d'acheter ses propres actions pour les attribuer à ses salariés ou à ceux de son groupe dans le cadre de plans d'options d'achat d'actions¹⁰⁷⁴, ou pour les recéder aux autres personnes actionnaires ou non, plus en concordance avec sa mère.

562. Considérant ces avantages, les législateurs français et libyen ont introduit plusieurs textes dérogatoires au principe d'interdiction, ainsi : l'article L.225-205, relatif à la réduction de capital non motivée par des pertes sociales ; l'article L.225-209, relatif au rachat par la société de ses propres actions dans le cadre d'un programme de rachat d'actions, et l'article L.225-210, relatif au rachat par la société de ses propres actions. Dans la première hypothèse, la modalité de la réduction du capital peut prendre plusieurs formes, y compris le rachat d'actions. L'assemblée générale extraordinaire qui décide une réduction du capital non motivée par des pertes peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à acheter un nombre déterminé d'actions pour les annuler (C. com. art. L. 225-207 et R. 225-153). En vue de conserver les droits des créanciers, cet article prévoit que « les représentants de la masse des obligations et les créanciers dont la créance est antérieure à la date de dépôt au greffe du procès-verbal de délibération peuvent former opposition à la réduction dans le délai fixé par décret en Conseil d'état ». La protection est assurée pendant le délai d'opposition, voire *a posteriori*, puisque le troisième alinéa interdit à la société d'exécuter la résolution de réduction de son capital avant que le juge de la première instance ne statue sur cette opposition.

¹⁰⁷³ Cf. supra n° p.179.

¹⁰⁷⁴ Voir, H. Al-masrie, *La liberté de se rejoindre et de se retirer de la société, étude exhaustive des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux, Dar al-fekr al-arabie, 1985, n°69, p.136 et s.*

Dans le deuxième cas, l'article L. 225-209 du Code de commerce (issu de la loi du 2 juillet 1998) autorise le rachat par une société cotée de ses propres actions dans la limite de 10% du capital social. Le rachat doit être autorisé ou décidé par l'assemblée générale ordinaire, laquelle définit la finalité et la modalité de l'opération. Cette finalité peut consister en plusieurs objectifs, ainsi : « débouclage de participations croisées, utilisation d'un excédent de trésorerie, achat en vue d'une remise en paiement dans le cadre d'une opération de fusion, de scission ou d'apport¹⁰⁷⁵ ».

563. Après avoir eu l'autorisation ou après décision de l'assemblée générale, il incombe au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de procéder au rachat aux date et conditions qui lui paraissent opportunes. Il est en mesure de déléguer l'exécution du rachat au directeur général ou au président du directoire. Les actions achetées peuvent être ultérieurement cédées ou annulées. Dans cette dernière hypothèse, l'annulation, aboutissant à une réduction de capital, doit remplir trois conditions : être autorisée par l'assemblée générale extraordinaire, respecter le taux du 10% du capital social, et se réaliser dans une période maximum de vingt-quatre mois.

564. Or la fictivité qu'induit le rachat de ses actions par la société se constate entre l'intervalle de temps séparant le rachat de la cession ou de l'annulation. L'article L. 225-209 a établi à l'encontre de la société deux obligations : une obligation d'information et une obligation de notification du rapport de gestion. D'une part, la société doit informer chaque mois l'Autorité des Marchés Financiers des achats, cessions, transferts, et annulations réalisés et cette Autorité porte cette information à la connaissance du public. D'autre part, selon l'article L. 225-211 du Code de commerce, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, doit indiquer, dans le rapport annuel de gestion, le nombre des actions achetées et vendues au cours de l'exercice par application de l'article 225-209, les cours moyens des achats et des ventes, le montant des frais de négociation, le nombre des actions inscrites au nom de la société à la clôture de l'exercice et leur valeur évaluée au cours d'achat, ainsi que leur valeur nominale, les motifs des acquisitions effectuées et la fraction du capital qu'elles représentent. Comme ce rapport devra être tenu à la disposition de toute personne qui en fera la demande (C. com. art. L. 232-21), les tiers et les créanciers sont toujours au courant de la fictivité partielle que peut engendrer le rachat de ses actions par la société.

¹⁰⁷⁵ M. Cauzian et alter, *op. cit.*, n°869, p. 449.

565. Du reste, le rachat par une société de ses propres actions est à présent autorisé dans les sociétés non cotées. L'article 6 de la loi de finances rectificative pour 2012 (loi n° 2012-354 du 14 mars 2012) permet – enfin – à ce type de sociétés de se doter d'un programme de rachat d'actions inspiré de celui dont peuvent bénéficier les sociétés «cotées» depuis la loi du 2 juillet 1998. Cet article (devenu L. 225-209-2 C. com.) dispose désormais que « l'assemblée générale d'une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations, peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à acheter des actions de la société, pour les offrir ou les attribuer dans l'année de leur rachat, à leurs salariés et/ou aux dirigeants sociaux ; dans les deux ans de leur rachat, en paiement ou en échange d'actifs acquis par la société dans le cadre d'une opération de croissance externe, de fusion, de scission ou d'apport ; dans les cinq ans de leur rachat, aux actionnaires qui manifesteraient à la société l'intention de les acquérir à l'occasion d'une procédure de mise en vente organisée par la société elle-même dans les trois mois qui suivent chaque assemblée générale ordinaire annuelle ».

Dès lors, le nouvel article L.225-209-2 du Code de commerce vient s'ajouter aux dispositions préexistantes et prévoit trois cas dans lesquels les sociétés non cotées peuvent racheter leurs propres actions. On peut ajouter à ces trois une quatrième finalité du rachat que la loi n'indique pas dedans au même endroit (c'est-à-dire au texte des trois alinéas de l'article L. 225-209-2), mais dans son antépénultième alinéa. Il s'agit de l'annulation des actions rachetées, suivie d'une réduction du capital social dans la limite de 10% par périodes de vingt-quatre mois. En ce cas également la réduction de capital doit avoir été autorisée ou décidée par l'assemblée générale extraordinaire de la société ; laquelle peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, les pouvoirs nécessaires pour la réaliser¹⁰⁷⁶.

566. On peut se demander, dans l'hypothèse où l'assemblée générale extraordinaire autorise le conseil d'administration ou le directoire à annuler les actions rachetées par la société, si le droit d'opposition des créanciers doit être admis. Les deux articles L. 225-209 et L. 225-209-2 du Code de commerce ne disent rien sur cette question. Une majeure partie

¹⁰⁷⁶ Voir. H. Le Nabasque, *Les programmes du rachat d'actions des sociétés non cotées (après la loi de finances rectificative pour 2012)*, Rev. soc. 2012, p.271.

de la doctrine estime ainsi que l'opération de rachat prévue à l'article L. 225-209, étant originale, échappe au régime de droit commun de la réduction de capital prévu à l'article L. 225-205 du Code de commerce¹⁰⁷⁷. Ce point de vue s'applique à notre avis sans contradiction à l'opération de rachat régie par le nouvel article L. 225-209-2 du Code de commerce. Cet article lui aussi prévoit une procédure de réduction propre, sans renvoi à l'article L.225-205 du Code de commerce.

567. Une troisième hypothèse de rachat d'actions est également prévue à l'article L. 225-210 du Code de commerce. En l'occurrence, la réduction qui s'exécute par le rachat de ses propres actions par la société ne peut excéder un taux de 10% du capital social ni avoir pour effet d'abaisser les capitaux propres à un montant inférieur à celui du capital augmenté des réserves non distribuées (C. com. art. L. 225-210). Autrement dit, et comme l'a constaté un auteur¹⁰⁷⁸, « toute société ne peut pas racheter ses propres actions, il ne peut s'agir que d'entreprises en bonne santé : réserves supérieures aux pertes et dont le montant est au moins égal au coût d'achat des actions. La règle de permanence des réserves doit être observée durant toute la période d'autodétention ». Or, le rachat d'action ne porte en l'occurrence pas atteinte au principe d'intangibilité du capital social, le législateur ne réserve pas aux créanciers un droit d'opposition.

Par ailleurs, selon l'article L. 225-213 du Code de commerce français, des actions acquises à la suite d'une fusion ou d'une scission ou à la suite d'une décision de justice, peuvent être rachetées et conservées par la société si elle ne possède pas déjà 10% de son capital. Dans le cas contraire, et si elles n'ont pas été cédées dans les deux ans suivant leur acquisition, les actions rachetées doivent être annulées.

568. S'agissant du droit libyen, les règles semblent quelque peu différentes. En effet, il existe dans le Code de commerce deux textes différents : l'un concerne le rachat de ses propres actions par la société (C. com. art. 120) et l'autre relève de la réduction du capital social non motivée par des pertes (C. com. art. 151). Selon l'article 120 du Code de commerce, la société ne peut racheter ses propres actions qu'en respectant deux conditions : la résolution du rachat doit être décidée par l'assemblée générale ordinaire et la contrepartie du rachat doit être décomptée en totalité des bénéfices nets de la société. Comme cette opération n'entraîne pas une réduction véritable du capital au regard de cette seconde stipulation, le législateur libyen n'a pas octroyé aux créanciers un droit

¹⁰⁷⁷ Voir. *G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, op. cit., n°2228, p.917.*

¹⁰⁷⁸ *R. Foy, Attribution gratuite des actions, répertoire de droit des sociétés, sept. 2008.*

d'opposition. La seconde disposition, énoncée à l'article 151 du même Code, relève de la réduction du capital social motivée par un excédent de trésorerie. Au visa de cet article, la réduction est décidée par l'assemblée générale extraordinaire et exécutée soit par l'exonération des associés de leurs primes impayées, soit par leur remboursement d'une partie du capital social, soit par le rachat de leurs actions par la société. De fait, les créanciers disposent d'un délai d'opposition de trois mois à compter de l'immatriculation de l'acte de réduction dans le registre du commerce et des sociétés.

II- La protection des créanciers de la filiale en cas de participations réciproques

569. Les participations réciproques, dites aussi croisées, résultent de ce que plusieurs sociétés détiennent réciproquement des fractions plus ou moins importantes de leur capital respectif¹⁰⁷⁹. Elles entraînent le gonflement artificiel de l'actif apparent des sociétés en cause dans la mesure où chacune se trouve indirectement, par l'intermédiaire de l'autre, propriétaire de ses propres parts ou actions¹⁰⁸⁰. En d'autres termes, les participations réciproques favorisent une fictivité partielle dans le capital des sociétés en cause, en proportion d'un pourcentage retenu de leur taux. Elles sont à cet égard susceptibles de diminuer le gage des créanciers sociaux. Le pourcentage du capital auto-détenu par le biais de la participation réciproque ne correspond plus à des éléments d'actifs réels et saisissables, mais aux propres actions de chacune des sociétés, ce qui peut générer des problèmes en cas de procédure collective¹⁰⁸¹. Par exemple, si deux sociétés disposent en réciprocité d'une fraction égale à 50 %, la fictivité partielle de leur patrimoine est de 25%.

570. Par ailleurs, les participations croisées peuvent provoquer le verrouillage du contrôle des actionnaires et, par conséquent, porter atteinte à la révocabilité des dirigeants des sociétés en cause, en ce que les assemblées générales de ces sociétés seront représentées par les membres du conseil d'administration ou par ceux du directoire¹⁰⁸². En effet, et comme *M. Tipars* l'a souligné, avec l'appui des participations croisées, les dirigeants sont à même de s'ingérer indirectement dans l'assemblée générale ordinaire pour

¹⁰⁷⁹ *D. Gibrila, Groupe de sociétés.-présentation, JurisClasseur Commercial, Cote 01,2006, n°49, p.24 ; voir aussi, T. Gautier, op. cit., n°787, p.484 : « les participations réciproques, dites aussi croisées, consistent pour deux sociétés à détenir mutuellement une fraction du capital de l'autre ».*

¹⁰⁸⁰ *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Groupe de sociétés, op.cit., n°1185, p.127.*

¹⁰⁸¹ *D. Gibrila, op. cit., n°50, p.24*

¹⁰⁸² Voir en même sens : *L. Grosclaude, Droit des sociétés, DUNOD, Paris, 2009, p.281 : « Cette situation (les participations croisées) est préjudiciable à l'intérêt des tiers car le capital social est partiellement fictif ; de même, le contrôle de la société est verrouillé puisque les dirigeants ne pourront être révoqués qu'avec leur propre accord ».*

s'assurer à l'infini de leur éligibilité¹⁰⁸³.

Pour ces différentes raisons, les droits français et libyen encadrent strictement les participations réciproques. Selon l'article L.233-29 du Code de commerce français « une société par actions ne peut posséder d'actions d'une autre société, si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à 10%. À défaut d'accord entre les sociétés intéressées pour régulariser la situation, celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit aliéner son investissement. Si les investissements réciproques sont de la même importance, chacune des sociétés doit réduire le sien, de telle sorte qu'il n'excède pas 10% du capital de l'autre. Lorsqu'une société est tenue d'aliéner les actions d'une autre société, l'aliénation est effectuée dans le délai fixé par décret en Conseil d'État. La société ne peut exercer les droits de vote attachés à ces actions ».

571. De son côté, l'article 122 du Code de commerce libyen interdit à la société par actions de constituer ou d'augmenter, même par personne interposée, son capital par la souscription réciproque d'actions avec une autre société. Les dirigeants qui contreviennent à cette interdiction s'exposent au délit prévu à l'article 406 du Code de commerce, soit à l'emprisonnement de six mois au minimum et/ou à l'amende de 5000 à 20000 dinars. Bien que l'article 122 (*ibidem*) ne prévoient pas de sanction civile, la souscription réciproque entre les sociétés en cause pourrait être qualifiée de nulle, car enfreignant une règle pénale relative à l'ordre public.

Toutefois, la différence entre le texte français et le texte libyen consiste en ce que la défense des participations réciproques est absolue en droit libyen : aucune réciprocité, même indirecte ou très faible, n'est autorisée. Alors qu'en droit français cette réciprocité n'est prohibée qu'à partir d'un certain seuil, acceptable en-dessous. De même, le texte français est silencieux sur les participations indirectes : celles passées entre des sociétés par une personne interposée, ainsi une filiale pour une sous-filiale et une grand-mère. Malgré l'absence de rapports financiers directs entre ces deux sociétés, cette dernière pourrait s'impliquer dans les affaires de la première par le truchement de sa filiale directe. Mais l'atteinte que suscite cette implication à la réalité du capital s'avère minime en raison de l'éventuelle intervention de plusieurs sociétés dans la chaîne des participations.

572. La question se pose néanmoins de savoir si de telles participations peuvent avoir

¹⁰⁸³ M. Tipars, *op. cit.*, p.745 ; Voir aussi, notre mémoire de master, (*Les aspects juridiques des sociétés holdings.*, *op. cit.*, p.148).

la qualification de réciproques et être soumises à l'interdiction de l'article L. 233-29 du Code de commerce.

Il est d'abord à noter que les participations réciproques indirectes ne sont réglementées ni par l'article L. 233-29 ni par d'autres textes. La plupart de la doctrine déduit de cette absence la licéité de ces types de participations¹⁰⁸⁴. C. Fischer¹⁰⁸⁵ écrit en ce sens que « les règles relatives aux rachats d'actions, qui se rapportent à la limite des 10% du capital, de même que les règles qui assimilent à un rachat d'actions l'acquisition des actions de la société mère par une filiale s'appliquent exclusivement aux acquisitions de participations réciproques par les filiales directes ».

Cette interprétation, ne semble guère favorable à la lutte contre la fictivité. En effet, les participations croisées indirectes, bien que moins néfastes pour la stabilité du capital social, ne sont pas sans risque, car contribuant à donner une image trompeuse de l'ensemble des actifs des sociétés incluses dans le groupe. Même si le droit des sociétés ne reconnaît pas la personnalité morale aux groupes, il est incontestable que ceux-ci forment avec leurs composantes des entités économiques distinctes, réunies par un intérêt groupal supérieur. L'existence en leur sein des participations réciproques, directes ou indirectes, donne corps à l'existence d'une fictivité partielle¹⁰⁸⁶.

573. En outre, l'interdiction prévue à l'article L. 233-29 du Code de commerce ne s'applique pas aux sociétés de façon générale, car ne sont concernées que les participations réalisées entre deux sociétés dont l'une est par actions, à l'exclusion de celles passées entre d'autres formes sociales (px : SARL et SARL ou SARL et SNC, SC).

Il en va de même pour l'interdiction prévue à l'article 122 du Code de commerce libyen qui n'intéresse que les sociétés anonymes, faute d'autre disposition prohibitive ou renvoyant à cet article. Une filiale SA qui dispose d'une fraction du capital de sa mère, dont la forme est différente, n'est pas visée par l'interdiction malgré la fictivité produite par ces participations réciproques.

574. Toutefois, même si l'on peut admettre les participations croisées entre des sociétés de personnes dont les associés sont indéfiniment responsables, il est bien difficile de

¹⁰⁸⁴ Voir, J. Barthélémy et alter; *op.cit.*, n°2060, p.47.

¹⁰⁸⁵ C. Fischer; *Le rachat d'actions et les participations réciproques*. C. De Boeck &Larcier 1996, Département de Boeck Université, Paris, Bruxelles., p.125.

¹⁰⁸⁶ Voir, D. Gibirila, *op.cit.*, n°56, p.26 : « la réglementation des participations réciproques peut être facilement tournée par des participations circulaires, "des boules d'autocontrôle" »

justifier ces participations entre des sociétés de capitaux d'une forme non actionnariale ou entre celles-ci et des sociétés de personnes, puisque la fictivité que lesdits articles entendent combattre, reste à éviter. Par exemple, une société mère à risque limité, au lieu de créer une filiale feinte pour se mettre à l'abri de ses créanciers, constitue une filiale réelle, en lui cédant ultérieurement une fraction de son capital. Malgré le fait que cette fraction est illusoire pour les deux sociétés, les dirigeants échappent à toute responsabilité pénale, faute d'une disposition prohibitive.

575. Enfin, outre la peine prévue à l'article L. 247-3 du Code de commerce français contre les dirigeants qui enfreignent l'interdiction¹⁰⁸⁷, l'article L. 233-29 du même Code désigne les procédures à suivre rigoureusement et les effets induits en cas de violation. Lorsque l'une des deux sociétés est par actions, cet article invite à distinguer selon que celle-ci dispose dans l'autre société d'une fraction du capital inférieure, égale ou supérieure au dixième. Si la fraction détenue est inférieure ou égale à 10% du capital de l'autre société, celle-ci peut posséder des actions de la première, en ne dépassant pas le dixième du capital de la société par actions. Autrement dit, la fictivité du capital des sociétés en cause est autorisée dans la limite de 10%, illicite au-delà. Ainsi, si la société par actions dispose d'une fraction supérieure au dixième du capital de l'autre société, cette dernière n'a pas à être actionnaire de la société par actions. À défaut, la société actionnaire dispose d'un délai d'un an pour aliéner ses titres. Elle ne dispose d'aucun droit au vote aux assemblées d'actionnaires¹⁰⁸⁸. Si les participations réciproques dépassant le taux autorisé sont de la même importance, chacune des sociétés doit réduire les siennes de telle sorte qu'elles n'excèdent pas 10% du capital de l'autre.

III- La protection des créanciers de la filiale en cas d'autocontrôle

576. On parle d'autocontrôle lorsqu'une société se contrôle elle-même par l'intermédiaire du contrôle qu'elle exerce sur une ou plusieurs autres sociétés détentrices d'une fraction de son capital¹⁰⁸⁹. C'est-à-dire, lorsqu'une société se trouve se contrôler elle-

¹⁰⁸⁷ Aux dispositions de cet article « Est puni d'une amende de 18000 € le fait, pour les présidents, les administrateurs, les membres du directoire, les directeurs généraux, ou les gérants de sociétés, de contrevenir aux dispositions des articles L. 233-29 à L. 233-31. Pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les poursuites pour infraction aux dispositions de l'article L. 233-31 sont engagées après que l'avis de l'Autorité des marchés financiers a été demandé ».

¹⁰⁸⁸ Voir, T. Gautier, *op. cit.*, n°789 et s., p. 485.

¹⁰⁸⁹ B. Petit, *Droit des sociétés*, Litec 4^{ème} éd. 2008, n°484, p.265 ; voir encore, T. Gautier, *op. cit.*, n° 793, p. 486 : « L'autocontrôle consiste pour une société à s'assurer de son propre contrôle par l'intermédiaire d'une ou plusieurs autres sociétés dont elle détient elle-même directement ou indirectement le contrôle ».

même en disposant de la majorité des voix dans ses propres assemblées générales¹⁰⁹⁰. Considérant le risque que présente cette situation aux créanciers, les législateurs ne cessent de limiter ses effets préjudiciables. En effet, l'autocontrôle favorise dans la pratique une fictivité partielle ou totale du capital social, en concurrence des actions acquises en réciprocité. Comme le souligne à juste titre M. Germain, « on s'en aperçoit au cas d'augmentation du capital des deux sociétés imbriquées que chaque société participe à sa propre augmentation puisqu'elle doit souscrire pour celles de ses parts sociales qu'elle possède dans l'autre société¹⁰⁹¹ ».

Cette situation comporte un inconvénient majeur pour les créanciers dans la mesure où elle les trompe sur la consistance réelle du gage général fourni par le patrimoine social¹⁰⁹². De même, l'autocontrôle peut être de nature à entraver la poursuite des dirigeants par leur société. En effet, ceux-ci se voient attribuer à la fois les prérogatives des assemblées générales et les pouvoirs du conseil d'administration ou du directoire, ce qui paralyse en pratique leur fonctionnement normal. Au moyen de cet atypisme, les dirigeants communs peuvent s'assurer de leur réélection dans chacune des sociétés grâce au vote de l'autre société.

577. Aussi, l'article L. 233-31 du Code de commerce a-t-il atténué l'influence de l'autocontrôle en supprimant purement et simplement le droit de vote attaché aux actions d'autocontrôle¹⁰⁹³, disposant en ce sens que « lorsque des actions ou des droits de vote d'une société sont possédées par une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle, les droits de vote attachés à ces actions ou ces droits de vote ne peuvent être exercés à l'assemblée générale de la société. Il n'en est pas tenu compte pour le calcul du quorum¹⁰⁹⁴ ».

578. Cependant, la difficulté que cet article ne manque pas de soulever réside dans le fait qu'aucune définition n'est établie pour l'autocontrôle et qu'il existe en droit français

¹⁰⁹⁰ V. D. Vidal, *Droit des sociétés*, 6^{ème} éd. 2008, L.G.D.J., Lextenso édition, n° 210, p. 103 « L'autocontrôle sera le fait interdit ou réglementé, pour une société de détenir ses propres actions, soit par elle-même (ou par personne interposée), soit par l'intermédiaire d'une société avec échange du procédé (participations croisées), soit encore par le biais d'une série de participations récurrentes (participations circulaires) ».

¹⁰⁹¹ Voir, G. Ripert, R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *op. cit.*, n°2028, p.727.

¹⁰⁹² D. Vidal., *op. cit.*, n°210, p.103.

¹⁰⁹³ M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°1498, p.764.

¹⁰⁹⁴ Quant au droit libyen, il prévoit l'interdiction par l'article 121 du Code de commerce qui dispose : « Il est interdit aux sociétés d'investir leur capital, même partiellement, dans l'achat d'actions des sociétés soumises à leur contrôle ou des sociétés qui les contrôlent. Une société est considérée comme soumise au contrôle d'une autre lorsque la société contrôleuse détient un nombre d'actions susceptible de lui octroyer la majorité des droits de vote dans l'assemblée générale ordinaire de la société contrôlée, ou lorsqu'elle devient contrôleuse en vertu d'un contrat spécial conclu avec celle-ci ».

différents critères pour cette notion. Ainsi l'article L.233-1¹⁰⁹⁵, relatif à la notion de filiale et mère, s'applique pour déterminer dans quelle mesure une société est considérée comme une filiale d'une autre ; l'article 233-3¹⁰⁹⁶, relatif en principe à l'obligation des notations et des informations, s'applique pour déterminer la situation dans laquelle une société est contrôlée par une autre ; et l'article 233-16¹⁰⁹⁷, inhérent aux comptes consolidés, s'applique pour définir la notion de contrôle exclusif. Chacun de ces articles régit un sujet précis, mais sans pour autant faire mention de l'autocontrôle. L'intérêt le plus clair à déterminer le champ d'application de l'article L. 233-31 relève cependant des conséquences pénales de l'autocontrôle : les règles sur cette situation sont assorties d'une amende de 18000 euros (C. com. art. L. 247-3, al. 1¹⁰⁹⁸).

579. Selon la doctrine et la jurisprudence en vigueur, il était permis de penser qu'en ce qui concerne les dispositions de l'article L.233-31, seules celles des paragraphes I et II de

¹⁰⁹⁵ « Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première ».

¹⁰⁹⁶ Au sens de cet article : « I. - une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II. - Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieur à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III. - Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

¹⁰⁹⁷ Cet article prévoit que : « II. - Le contrôle exclusif par une société résulte :

1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet.

III. - Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.

IV. - L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise ».

¹⁰⁹⁸ Aux termes de cet article : « Est puni d'une amende de 18000 € le fait, pour les présidents, les administrateurs, les membres du directoire, les directeurs généraux ou les gérants de sociétés, de contrevenir aux dispositions des articles L.233-29 à L.233-31 ».

l'article L. 233-3 étaient applicables¹⁰⁹⁹. T. Gautier explique que lorsqu'il s'agit de définir les sociétés contrôlées par la société, les critères de l'article L.355-1 (devenu l'article 233-3, I et II C. com.) doivent être retenus¹¹⁰⁰. De même, la Cour de cassation¹¹⁰¹ a pu désapprouver une Cour d'appel pour s'être référée à l'article L. 233-16 du Code de commerce, relatif aux comptes consolidés, estimant que les dispositions devraient être celles de l'article L. 233-3. Elle a affirmé « qu'en relevant que la notion de contrôle signifierait qu'une ou plusieurs sociétés exercent une influence déterminante sur la gestion d'une autre structure et ne serait pas exclusivement caractérisée par la participation dans le capital, faisant ainsi implicitement référence aux dispositions de l'article L. 233-16, II, 3° du Code de commerce qui dispose que le contrôle exclusif par une société résulte du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet, cependant que pour l'application des dispositions de l'article L. 233-31 du code de commerce, il y a lieu de se référer aux dispositions de l'article L. 233-3, I et II du même code dont la définition du contrôle repose exclusivement sur le pouvoir de déterminer les décisions dans les assemblées générales que confère l'exercice des droits de vote, la cour d'appel a violé, par refus d'application, les dispositions de l'article L. 233-3, I et II du code de commerce, ensemble les dispositions de l'article L. 233-31 du même code ».

580. Pour autant, même si la doctrine et la jurisprudence se sont en majorité persuadées que le contrôle entendu par l'article L. 233-31 du Code de commerce est celui « exclusif » de l'article L. 233-2, al. I et II, la question relève du contrôle conjoint, celui s'exerçant par plusieurs sociétés agissant de concert. Ce contrôle, est-il inclus dans le champ d'application de l'article L. 233-31 ?

Avant de répondre à cette question, il est à souligner que jusqu'en 2001, le Code de commerce ne connaissait que le contrôle unitaire (exclusif). Pour cerner la notion de société contrôlée, l'article L. 233-3, I et II définit le contrôle par référence à la détention directe ou indirecte par une société d'un nombre de droits de vote suffisant pour déterminer les décisions dans l'assemblée générale d'une autre société. L'article L. 233-16 du même

¹⁰⁹⁹ Voir aussi F.-M. Laprade, *L'autocontrôle conjoint : une idée neuve qu'il faut encore creuser. Note sous cassation (com.)* 29 juin 2010, FS-P+B, n° 09-16.112, Lignac c/ Sté Groupe Hersant Média (GHM). Selon cet auteur, « il s'agit pour ce contrôle plutôt de l'une des hypothèses de contrôle « unitaire » envisagées par l'article L. 233-3 I, lequel vise la détention directe ou indirecte d'une fraction du capital conférant la majorité des droits de vote et le cas dans lequel un actionnaire dispose seul de cette majorité en vertu d'un « accord » conclu avec d'autres actionnaires ».

¹¹⁰⁰ T. Gautier, *op. cit.*, n° p.

¹¹⁰¹ Cass. com., 29 juin 2010, FS-P+B, n° 09-16.112, Lignac c/ Sté Groupe Hersant Média (GHM).

Code envisage le contrôle conjoint uniquement pour l'obligation de l'établissement des comptes consolidés. C'est à partir de l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001 que le contrôle conjoint est introduit aux dispositions de l'article L.233-3 par un nouveau paragraphe III qui dispose : « deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

581. Selon certains arrêts, le contrôle évoqué dans l'article L. 233-31 du Code de commerce ne peut s'interpréter que par le contrôle exclusif prévu au premier et au deuxième paragraphe de l'article 233-3 du Code de commerce. Le champ d'application de cet article ne comprend pas l'hypothèse dans laquelle le contrôle de la société dominante est détenu de manière conjointe par la société émettrice en concertation avec d'autres personnes. La Cour de cassation déclare ainsi dans une décision¹¹⁰² que « il résulte de l'article L. 233-3 III du code de commerce que, pour l'application de l'article L. 233-31 du même code, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale. C'est dès lors à bon droit qu'une cour d'appel s'est référée à ces dispositions pour rechercher si les actions d'une société étaient détenues par une autre société dont la première détenait directement ou indirectement le contrôle¹¹⁰³ ».

582. Par ailleurs, à la différence du cas du cas des participations réciproques, on constate d'après l'article L. 233-31 que les règles d'autocontrôle s'appliquent tout autant à la notion de contrôle direct qu'à celle de contrôle indirect. Mais lorsqu'il s'agit de cette dernière, les actions ou les droits de vote que détiennent les sociétés dans leur filiale directe doivent être en nombre si important qu'ils leur en confèrent le contrôle effectif. En d'autres mots, les participations de la société grand-mère dans sa filiale directe, et celles de cette dernière dans la société sous-filiale doivent être tellement élevées qu'elles qualifient chacune de sociétés contrôlante. Or, selon le deuxième paragraphe de l'article L.233-3 du Code de commerce, la société grand-mère peut être présumée contrôler la sous-filiale lorsqu'elle dispose dans son capital (par le biais de sa filiale directe) d'une fraction des

¹¹⁰² Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-16.112, IV, n°116.

¹¹⁰³ Voir aussi, Tribunal de commerce de Nancy (23 déc. 2008, GHM, MMF et GCL c/ Journal de l'Est républicain et autres) qui a précisé en ce sens que « Les délibérations prises lors d'une assemblée générale ayant notamment décidé la réalisation d'une augmentation de capital doivent être annulées quand un actionnaire a pris part au vote alors qu'il faisait l'objet d'un contrôle conjoint de la part d'un concert auquel participait la société émettrice, si bien que ses actions auraient dû être privées de leurs droits de vote en application de l'article L. 233-31 du code de commerce sur l'autocontrôle ».

droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Si ce n'est pas le cas, la règle à appliquer est celle des participations croisées dont l'interdiction relève uniquement des participations directes.

583. Du reste, quand bien même ce règlement ne concerne que les sociétés par actions, la forme juridique des sociétés intermédiaires important peu. Une sous-filiale par actions ne peut acquérir des titres ou des droits de vote dans la société grand-mère ayant la même forme, même si la filiale intermédiaire porte une forme sociale différente. Selon certains auteurs, la nationalité des sociétés permettant le bouclage d'autocontrôle ne doit pas non plus être prise en compte¹¹⁰⁴. « L'autocontrôle s'apprécie en fait, et la présence d'une société étrangère dans la chaîne d'autocontrôle ne saurait empêcher l'application du texte¹¹⁰⁵ ».

Au demeurant, afin de limiter les effets de l'autocontrôle, l'article L. 233-31 susvisé prévoit la suppression des droits de vote attachés aux actions d'autocontrôle. Ces actions ne peuvent permettre l'expression des droits de vote lors des assemblées générales qu'à concurrence de 10% des droits dont disposait chacune des sociétés en cause dans l'autre. En cas de violation, le président, les administrateurs, les membres du directoire, le directeur général et les directeurs généraux délégués s'exposent à une amende de 18000 € (art. L. 247-3, al.1 du Code de commerce). La sanction en droit libyen est l'emprisonnement de 6 mois au minimum et/ou l'amende entre 5000 et 20000 dinars (art. 406-2 du Code de commerce). La sanction la plus utile aux créanciers repose cependant sur la responsabilité civile des sociétés et de leurs dirigeants. Comme l'autocontrôle débouche sur une simulation partielle, la fraction fictive du capital de chaque société doit être mise à la charge des dirigeants de droit ou de fait. Les dirigeants d'une filiale participant au capital de la société mère ou de la société grand-mère devront compenser la partie d'actif perdue en raison de cette participation. Il en résulte également que la responsabilité civile de ces dirigeants pourra être recherchée par les créanciers des sociétés fictives (C. civ. fr. art. L.1382 / C. civ. lib. art. 166).

¹¹⁰⁴ T. Gautier, *op. cit.*, n°793, p.487.

¹¹⁰⁵ B. Mércadal et Ph. Janin, *Sociétés commerciales, Mémento pratique Francis Lefebvre* 1999.

Section II : La protection des créanciers en cas de fictivité dans la gestion ou la direction de la filiale

584. La fictivité la plus constatée dans le cadre des groupes de sociétés produit ses effets sur la direction ou la gestion des filiales. Il arrive, en effet, que la société mère s'ingère dans les affaires particulières de ces dernières au point que l'action de leurs dirigeants perd de sa substance. C'est particulièrement le cas des groupes en difficulté, qui implique pour la société mère de prendre certaines mesures dérogoires au processus normal des actes sociaux. C'est également le cas des groupes à caractère personnel où l'unité économique et de gestion repose sur une ou plusieurs personnes dirigeantes, détenant les postes-clés dans les différentes sociétés, et choisies à la diligence de la société mère, parmi ses dirigeants ou salariés¹¹⁰⁶. Dans de telles hypothèses, les tribunaux n'hésitent guère à rétablir la correspondance entre la réalité et le droit en cherchant la responsabilité de la personne derrière le dirigeant fictif, qui exerce la direction effective.

Dès lors, il convient d'examiner dans un premier temps la possibilité de qualifier la société-mère ou une autre société membre du groupe de « dirigeant de fait », pour étudier ensuite les conséquences qui résultent de cette qualification.

Sous-section I : La qualification de dirigeant de fait pour la société mère

585. Il est d'abord à souligner que la notion de "dirigeant de fait" relève en droit français de plusieurs textes législatifs, surtout en matière de responsabilité pénale et civile des dirigeants sociaux. Des sanctions pénales identiques à celles prévues pour les dirigeants de droit peuvent être prononcées à l'encontre de toute personne qui, directement ou par personne interposée, a exercé pleinement la gestion de la société sous couvert ou aux lieu et place de ses dirigeants légaux. De même, l'incrimination du délit d'abus de crédit ou de biens sociaux s'applique de la même façon au dirigeant de droit et à celui de fait¹¹⁰⁷. En outre, le dirigeant de fait est intéressé par les règles relatives à l'extension de la procédure collective de la société à ses dirigeants. L'article L. 651-2 du Code de commerce dispose que les dirigeants de droit ou de fait peuvent être tenus de combler le passif social

¹¹⁰⁶ Voir : C. Malecki, *Les dirigeants des filiales par, op. cit.*, p. 453 : « Toutefois, si le dirigeant est lié par un contrat de travail ayant pour objet le mandat social, on pourrait admettre alors une présomption de responsabilité de la société mère caractérisée par une immixtion potentielle de cette dernière dans la gestion de la filiale ».

¹¹⁰⁷ Voir T. Gautier, *op.cit.*, n°807, p.492 et s.

lorsqu'ils ont contribué à l'insuffisance d'actif par leur faute de gestion.

Cependant, l'établissement d'une définition précise pour le concept de "dirigeant de fait" a fait l'objet de plusieurs tentatives doctrinales et jurisprudentielles. *Rives-Lange* a ainsi écrit qu'« est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction d'une société¹¹⁰⁸ ». Selon *J-P. Legros*¹¹⁰⁹, « toute personne qui se substitue aux dirigeants de droit ou qui s'immisce dans la gestion de la société peut être qualifiée de dirigeant de fait ». Nze Ndong Dit Mbele (J-R)¹¹¹⁰ a défini ce concept en écrivant : « le dirigeant de fait est la personne qui exerce la direction, la gestion ou l'administration de la société alors que ce pouvoir ne lui a pas été régulièrement attribué ». Pour *M. Gibirila*¹¹¹¹, la notion de dirigeant de fait suppose que « la personne concernée, physique ou morale dépourvue de mandat social, s'est effectivement ingérée dans l'administration, la gestion ou la direction de la société et a, en toute indépendance, exercé une activité positive de cette dernière ». *N. Dedessus-Le-Moustier* a pu également souligner en ce sens que « le dirigeant de fait est celui qui dirige une société sans avoir été régulièrement investi par les organes de la société du pouvoir de la représenter¹¹¹² » Selon *Y. Guyon*¹¹¹³, la direction de fait suppose « une activité positive et habituelle de haute gestion, entreprise en toute indépendance et liberté¹¹¹⁴ ».

Au regard de ces définitions, on s'aperçoit que le concept de "dirigeant de fait" s'oppose à celui de "dirigeant de droit" en ce que ce dernier a été expressément désigné par les statuts ou régulièrement nommé par les organes de la société, habilités à le faire¹¹¹⁵.

586. La juridiction de fond et celle de cassation ont eu de multiples opportunités pour se prononcer sur ce concept. Dans un arrêt daté du 17 juin 1987, la Cour d'appel de Paris a

¹¹⁰⁸ cf. *J.-L. Rives-Lange*, *La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens)*, D. 1975, Chron. p. 41, n° 5.

¹¹⁰⁹ *J-P. Legros*, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, sous la direction de Ph. Roussel Galle, droit 360°, 2012, n°1662, p.749.

¹¹¹⁰ Nze Ndong Dit Mbele (J-R), *Le dirigeant de fait en droit privé français, thèse de doctorat (présentée et soutenue le 09 juillet 2008 à la faculté de droit, sciences économiques et gestion - Université Nancy 2-)*, n°2, p.7; voir aussi, *H. Matsopoulou*, *Condamnation d'un gérant de fait pour banqueroute*, note sous cass. crim., 23 févr. 2011, n° 10-83.461, *Revue de science criminelle* 2011, p. 619: « Le dirigeant de fait est celui qui se comporte comme le dirigeant de droit, c'est-à-dire, agissant de manière indépendante, a la signature bancaire, conclut les contrats importants au nom de la société, embauche et licencie le personnel, détermine la politique de l'entreprise, et est reconnu comme le maître de celle-ci par les tiers ».

¹¹¹¹ *D. Gibirila*, *Le dirigeant des sociétés*, Litec, 1995, n°580.

¹¹¹² *N. Dedessus-Le-Moustier*, *La responsabilité du dirigeant de fait*, *Rev. soc.* 1997, p.499.

¹¹¹³ *Y. Guyon*, *obs. sous Paris*, 20 déc. 1996, *Rev. soc.* 1997, p.392.

¹¹¹⁴ Voir encore, *N. Dedessus-Le-Moustier*, *idem* p.499 : « le dirigeant de fait est celui qui dirige une société sans avoir été régulièrement investi par les organes de la société du pouvoir de la représenter ».

¹¹¹⁵ *N. Dedessus-Le-Moustier*, *ibidem.*, p.499.

retenu que « la qualité de dirigeant de fait est caractérisée par l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause ». De son côté, la Cour d'appel de Lyon a défini le « dirigeant de fait » comme « celui qui exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale de la société et s'immisce dans la gestion, au besoin par personne interposée¹¹¹⁶ ». La Cour de cassation s'est exprimée sur cette notion à propos de plusieurs affaires retentissantes. Dans un arrêt du 2 novembre 2005¹¹¹⁷, elle a affirmé que « le dirigeant de fait est celui qui s'est immiscé dans la gestion d'une société et qui a, en toute souveraineté et indépendance, exercé une activité positive de gestion et de direction de celle-ci ; qu'en se prononçant comme elle l'a fait, sans constater qu'en sa qualité de dirigeant de droit de la société-mère, la société *Nord-Est* s'était en fait immiscée dans la gestion des filiales et qu'elle avait, en toute souveraineté et indépendance, exercé une activité positive de gestion et de direction de celles-ci, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 du plus fort violé¹¹¹⁸ ». Dans un autre arrêt plus récent, la même Cour a estimé que « peut seule être qualifiée de « dirigeant de fait » d'une société, la personne qui exerce, en toute souveraineté et en toute indépendance, une activité positive de gestion et de direction de l'entreprise¹¹¹⁹ ». Encore plus récemment¹¹²⁰, la Cour de cassation, s'inspirant des termes de sa décision du 26 juin 2001, a défini le dirigeant de fait comme celui « qui exerce, directement ou par personne interposée, une activité positive et indépendante d'administration générale d'une personne morale¹¹²¹ ».

587. A travers ces définitions jurisprudentielles et doctrinales, la notion de dirigeant de fait se rapporte à l'exercice de la direction sociale. Elle nécessite que la personne en cause s'ingère dans la direction ou l'administration de la société, tout en étant dépourvue de

¹¹¹⁶ CA. Lyon, Ch. 03 A - 10/03056 - 17 juin 2011.

¹¹¹⁷ Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15895 ; voir encore, Cass. com. 25 janv. 1994, n° 91-20.007 : « Les personnes tant physiques que morales qui, dépourvues de mandat social, se sont immiscées dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société, celles qui en toutes souveraineté et indépendance, ont exercé une activité positive de gestion et de direction engageant la société sous couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux. » ; Cass. com. 27 juin 2006, no 04-15.831 : « seul l'exercice effectif d'une direction de fait peut justifier l'engagement d'une action en comblement de passif ».

¹¹¹⁸ Dans son rapport annuel pour l'année 2007 (*Rapp. C. cass. 2007, la Documentation française, 2008, p. 352.*), la Cour de cassation a défini le dirigeant de fait comme la personne qui « en toute souveraineté et indépendance exerce une activité positive de gestion et de direction sans avoir été désigné à cet effet ».

¹¹¹⁹ Cass. crim. n° 09-86.452, 12 janv. 2011.

¹¹²⁰ Cass. com. n° 10-15.353, 27 sept. 2011.

¹¹²¹ Voir aussi, CA Douai, ch. 02 SECT. 02, 19 sept. 2012, n° 07/01415 : « est dirigeant de fait, toute personne physique ou morale qui, directement ou par personne interposée, exerce habituellement une activité indépendante de gestion et de direction d'une entreprise, aux lieu et place de ses représentants légaux ».

titre justificatif. La société mère pouvait fréquemment faire l'objet d'une telle qualification dans la mesure où elle a exercé par l'intermédiaire de ses dirigeants ou salariés une activité positive et autonome dans sa filiale¹¹²², légalement ou statutairement attribuée aux organes de direction ou de gestion de cette dernière¹¹²³. Cette qualification peut également être imputée à une autre société membre du groupe, voire étrangère si les circonstances s'y prêtent évidemment¹¹²⁴, ainsi une société fournisseuse de crédit qui intervient de manière positive dans les affaires de la filiale emprunteuse à tel point qu'elle contribue pleinement à déterminer sa gestion et qu'elle apparaît au regard de ses créanciers comme ayant pouvoir de décision sur ce dernier. Cette situation peut concerner une société membre d'un groupe centralisatrice de trésorerie, qui s'implique dans la gestion financière d'une filiale alors qu'elle ne dispose pas à l'égard de cette dernière d'une délégation de pouvoir suffisante pour gérer l'ensemble de sa liquidité¹¹²⁵. Cependant, si cette société dispose d'une telle délégation, il est difficile de lui imputer la qualité de dirigeant de fait, car dans cette hypothèse l'immixtion est déjà justifiée par la convention de trésorerie qui lui permet de gérer l'ensemble des patrimoines des sociétés affiliées du groupe.

588. Pour autant, il faut tenir compte qu'il n'existe aucun rapport entre la participation, même majoritaire, au capital social ou la détention d'une fraction des droits de vote et l'attribution de cette qualité¹¹²⁶. En effet, il ne suffit pas que la société-mère dispose de la majorité du capital ou des droits de vote dans sa filiale, mais elle doit indéniablement y exercer une activité positive contenue dans la gestion ou la direction de celle-ci et reconnue en général aux organes sociaux¹¹²⁷. Comme un auteur l'a fait remarquer, deux hypothèses doivent être distinguées : celle dans laquelle la société mère a, sous son entier contrôle, le dirigeant de droit de sa filiale, et celle où, malgré les liens que les deux sociétés

¹¹²² Voir, R. Dammann, *Les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité*, Rev. Lamy Droit des affaires, p. 16 : « En pratique, le risque d'une gestion de fait par la maison mère pourra notamment se poser lorsque des salariés de la société mère sont nommés dirigeants de droit des filiales et reçoivent constamment des instructions précises, de sorte qu'ils sont privés de toute autonomie dans la gestion. Dans ce cas, le risque existe que la société mère devienne, à travers son préposé, aux yeux des tiers, le véritable gestionnaire – de fait – de sa filiale ».

¹¹²³ Voir en ce sens, J-P Le Gall et C. Le Gall-Robinson, *Droit des sociétés, Groupes de sociétés, salariés, valeurs mobilières et marchés financiers*, Dalloz, 2004, p.57.

¹¹²⁴ Voir en ce sens, J-P. Legros, *Mesures conservatoires et responsabilité du dirigeant*, dr. soc. n° 5, mai 2012, comm. 87

¹¹²⁵ cf. A. Bienvenue, *op. cit.*, n°560, p.470.

¹¹²⁶ Voir, J. Barthélémy et alter, *Le droit des groupes de sociétés*, *op. cit.*, n°12059, p.541 : « Il est certain, en tout cas, que le simple fait pour une société de détenir une participation financière, importante, voire majoritaire, dans le capital d'une autre ne suffit pas à caractériser la gestion de fait ».

¹¹²⁷ Voir dans le même sens, T. Gautier, *op. cit.*, n°811, p.495 : « Pour l'établir [la qualité de dirigeant de fait], il faut revenir sur le rapport de pouvoir qui s'établit entre le centre de décision et les dirigeants des sociétés liées ».

entretiennent, ce même dirigeant de droit reste dans les faits indépendant pour partie au moins de la société mère. Seule la première situation peut conduire à la reconnaissance d'une direction de fait¹¹²⁸. Dans un arrêt du 24 mai 2011, la Cour d'appel de Bordeaux a confirmé cette réalité en estimant que la détention par une société-mère d'une fraction du capital de sa filiale équivalant à 97,5% « n'est pas en lui même un acte de gestion de fait¹¹²⁹ ».

De la même façon, la Cour d'appel de Versailles¹¹³⁰ a également confirmé un jugement du Tribunal de commerce de Versailles¹¹³¹ qui a refusé l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à un associé majoritaire détenteur avec son épouse et ses enfants de la totalité du capital d'une société anonyme dénommée CPSC¹¹³². Ce dernier, bien qu'ayant disposé de la signature sur les comptes de CPSC à l'insu de cette dernière, n'a pas été censé avoir la qualité de dirigeant de fait, car son ingérence dans les affaires sociales était marginale et ponctuelle. Selon les magistrats du fond « le fait que Monsieur F. M. ait pu signer trois ordres au nom de SPSC (...) ne permet pas de retenir que celui-ci était dirigeant de fait de la SPSC ». Toujours dans ce même sens, la Cour d'appel de Besançon a pu décider le 4 mai 2011 que « la qualité d'associés de Messieurs Y. et Yunus S., même résultant d'une interdiction de gérer prononcée à leur encontre pour une durée de 5 ans selon arrêt confirmatif de la Cour d'appel de ce siège en date du 24 janvier 2006, ne suffit pas pour leur conférer celle de dirigeant de fait qui nécessite la démonstration, pour la période considérée, d'une activité positive et indépendante des intéressés dans l'administration de la SARL ESPREL AUTO¹¹³³ ».

589. Quand bien même la détention d'une fraction majeure du capital ou des droits de vote d'une société ne suffit pas, à elle seule, pour retenir la qualité de dirigeant de fait, la

¹¹²⁸ D. Poracchia, *Le dirigeant de fait personne morale par l'intermédiaire d'une personne physique administrateur à titre personnel*, Note sous cassation (com.) 27 juin 2006, *Société Licorne gestion, anciennement dénommée banque Worms*, Rev. soc. 2007, n°2, p.905.

¹¹²⁹ CA Bordeaux- ch. civ. 02 - 10/00837 - 24 mai 2011.

¹¹³⁰ CA Versailles. ch. 12 SECT. 02 - 10/01449 - 05 mai 2011.

¹¹³¹ T. com. Versailles, 20 janv. 2010.

¹¹³² CENTRE PHARMISO SAINT CLOUD (CPSC) immatriculée le 28 juillet 2006, avec pour objet la construction et l'exploitation d'un centre de production de produits radio pharmaceutiques ou radio chimiques.

¹¹³³ CA. Besançon, ch. com. 02 - 10/02848 - 04 mai 2011 ; Voir aussi, CA. Bordeaux, ch. civ. 02, 24 mai 2011, n° 10/00837: « Attendu que la gestion de fait par une société interposée implique la démonstration de l'absence totale d'autonomie de la société filiale par rapport à la société mère et il appartient à Me Torelli de démontrer des actes positifs de gestion de fait à l'encontre de la société Corali ; Attendu que le fait que la société Corali détenait 97,5% du capital de la société Charentaise de viandes n'est pas en lui même un acte de gestion de fait à moins de considérer que toutes les sociétés holding sont les dirigeants de fait de leurs filiales ».

jurisprudence a considéré en diverses occasions que la qualité d'associé renfermait la possibilité d'être qualifié de dirigeant de fait. Cela est souvent constaté lorsqu'il s'agit d'un groupe de sociétés, étant donné les pouvoirs de contrôle et de décision dont dispose la société mère à l'égard de ses filiales. En effet, les juges du fond se convainquent souvent de l'influence que cette société exerce sur les dirigeants de ses filiales pour la qualifier de dirigeant de fait de ces dernières. À plusieurs occasions, la haute juridiction a approuvé l'extension de la procédure collective d'une filiale à sa mère dirigeante de fait, justifiant sa décision par plusieurs indices dont celui que la société mère était à la fois l'associé majoritaire et le dirigeant de fait de sa filiale. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 6 juin 2000¹¹³⁴, une société mère, associée majoritaire de sa filiale, a été considérée comme dirigeante de fait de celle-ci. La filiale était dépourvue d'autonomie, contrainte par la société mère à modifier ses comptes, à verser ses excédents de trésorerie à d'autres sociétés du groupe et à fermer son établissement. Auparavant encore, une société mère avait été qualifiée de dirigeant de fait de sa filiale pour le seul motif qu'elle avait été associée majoritaire de celle-ci¹¹³⁵. Mais en tout état de cause, la direction de fait doit être justifiée par la personne qui réclame la condamnation du dirigeant de fait au moment où la situation ayant débouché sur l'insuffisance d'actif a été créée. Il s'agit là d'une question de fait, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond qui doivent dégager les éléments desquels se déduit le pouvoir de direction de celui qualifié de « dirigeant de fait »¹¹³⁶.

Dans un arrêt du 6 octobre 2009¹¹³⁷, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond pour avoir démontré à suffisance que la plaignante « avait exercé en toute indépendance une activité positive de gestion et de direction de la société (...) et que l'ancienne salariée était habilitée à faire fonctionner le compte bancaire de la société, qu'elle avait signé en juillet 1999, soit près de deux ans avant le jugement de liquidation judiciaire, le contrat de bail des locaux nécessaires à la société, et qu'elle avait le pouvoir

¹¹³⁴ Cass. com. 6 juin 2000 : *RJDA* 2000, n°868.

¹¹³⁵ Cass. crim., 94-83.399, 26 oct. 1995, *Bull. crim.* 1995 N° 326 p ; voir aussi : Cass. crim. 90-82.295, 23 mars 1992 ; Cass. com. 97-10.448, 20 juin 2000 ; CA Amiens. ch. é, 08/04249, 14 oct. 2010 ; CA Amiens. ch. économique, 08/04249, 17 mars 2011.

¹¹³⁶ Voir, J. Barthélémy et al., *Le droit des groupes de sociétés*, op.cit., n°12060, p.541 ; Voir encore, Cass. crim. 08-80.889, 10 sept. 2008 : « alors que la direction de fait se caractérise par des éléments démontrant la participation à titre personnel à une activité positive de direction générale exercée habituellement et en toute indépendance ; que les juges du fond doivent préciser les éléments de fait d'où se déduit le pouvoir de direction de celui qu'ils qualifient de dirigeant de fait ».

¹¹³⁷ Cass. com. 6 oct. 2009, F-D, n° 08-15.378, *Meunier ép. Hamet c/ Du Buit ès qual.* Note Ph. Roussel Galle, *Le dirigeant de fait condamné en paiement des dettes sociales ne peut se prévaloir de l'irrégularité de la procédure de vérification des créances.* *Rev. soc.* 2010, p.185.

d'engager la société auprès de ses fournisseurs (...), que le gérant de la société et la dirigeante de fait s'étaient toujours comportés envers les salariés comme leur véritable employeur, procédant à leur embauche et à leur licenciement ».

590. Toutefois, la qualité de dirigeant de fait paraît parfois délicate à prouver, notamment dans les sociétés membres d'un groupe où l'emprise de la société mère pèse sur les filiales tellement fort que les fonctions sont mal définies et la réalité du pouvoir n'appartient pas aux dirigeants de droit mais à cette dernière¹¹³⁸. Seuls des indices concrets et concordants permettent d'établir cette direction de fait, ainsi l'usage de la signature des dirigeants légaux pour créer des effets de complaisance ou faire fonctionner les comptes bancaires ; la participation décisionnelle aux relations avec les principaux partenaires de l'entreprise ; la négociation directe avec les clients de la société, l'établissement de devis ou l'usage de la signature des dirigeants légaux de la filiale¹¹³⁹. La Cour de cassation fait dans sa décision précédemment évoquée,¹¹⁴⁰ mention de plusieurs indices, considérés comme habituellement retenus pour caractériser ce concept. Ainsi « le pouvoir de signature des comptes bancaires de la société, le pouvoir d'engager les finances de la personne morale, la détention et l'établissement de documents comptables, l'embauche du personnel et la décision de licencier¹¹⁴¹ ».

591. En outre, la qualité de dirigeant de fait est imputée à la personne qui exerce les pouvoirs normalement attribués par la loi et les statuts au dirigeant de droit. Elle est en lien avec l'exercice illicite de ces pouvoirs, peu importe l'organe victime de cet exercice qui peut appartenir à la direction ou à la représentation de la société. En d'autres termes, ce sont la nature et le contenu de l'action entreprise par le dirigeant de fait qui identifient la qualité exacte de ce dirigeant. Celui-ci empiète sur les pouvoirs reconnus au dirigeant de droit s'il intervient dans les affaires sociales pour accomplir des actes liés aux fonctions d'autorité ou relatifs à l'administration du patrimoine social. À cette fin, il détermine les mécanismes qui doivent permettre la réalisation de l'activité économique de la société et

¹¹³⁸ K. Raja, V. Marie-Capucine, *La condamnation d'un dirigeant aux dettes sociales est-elle une sanction ? Séminaire de droit des procédures collectives – 11/01/05, p.6 et s.*

¹¹³⁹ Voir, T. Gautier, *op.cit.*, n°814, p.497.

¹¹⁴⁰ Cass. com. n°10-15.353 - 27 sept. 2011.

¹¹⁴¹ Il est à noter que : « la qualification de dirigeant de fait a d'abord été abandonnée à l'appréciation souveraine des juges de fond avant d'être contrôlée par la Cour de cassation à partir des années 1990 » (J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1662, p. 749). La Cour de cassation depuis ces années affirme que « le pouvoir souverain des juges du fond s'exerce par une décision dont les motifs propres à caractériser, en effet, la direction de la société sont soumis au contrôle de la Cour de cassation » (v. Cass.com., 16 mars 1999, n° 95-17.420 : Bull. civ. 1999, IV, n° 64, p. 53).

l'optimisation de son rendement. « Il définit les horaires de travail et les règles d'exercice de l'activité sociale et décide de l'utilisation des ressources de la société¹¹⁴² ».

592. Au surplus, la qualité de dirigeant de fait peut être attribuée à la personne agissant sur les attributs des représentants sociaux, c'est-à-dire les pouvoirs dévolus aux personnes autorisées par la loi ou les statuts d'exprimer la volonté sociale vis-à-vis des tiers et de la juridiction. Il s'agit, selon la forme sociale, du président du conseil d'administration, du directeur général ou du gérant.

Cependant, il n'y a pas de lieu de parler d'une direction de fait si l'exercice porte sur les prérogatives des organes du contrôle. En effet, les membres du conseil de surveillance n'ont pas la qualité de dirigeant de droit. Même s'ils ont commis des fautes personnelles dans l'exécution de leurs fonctions, ils n'ont pas à être tenus de contribuer au paiement du passif social¹¹⁴³. Il en découle ainsi que la personne empiétant sur leurs compétences ne peut être qualifiée de dirigeant de fait, même si elle s'expose à des dommages-et-intérêts en raison de son immixtion dans les affaires relatives aux membres du contrôle.

593. En résumé, le groupe de sociétés peut constituer un terrain favorable à l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à la société mère. Comme l'explique un auteur, l'existence d'une unité économique entre les sociétés, juridiquement autonomes, qui constituent le groupe autorise que les opérations intervenues entre les entités soient appréciées avec des critères différents de ceux qui sont appliqués à des sociétés étrangères les unes aux autres¹¹⁴⁴. Cette unité perturbe fréquemment l'organisation classique des pouvoirs et des fonctions sociétales. La société mère, s'appuyant sur les pouvoirs de contrôle et de décision qu'elle exerce sur les dirigeants de ses filiales ne cesse en effet de s'immiscer dans les affaires particulières de ces dernières pour s'assurer de l'entière collaboration de leurs dirigeants et représentants. L'autorité qu'elle exerce sur ces derniers peut conduire par son objet à sa qualification de dirigeant de fait par personne interposée¹¹⁴⁵.

Toutefois, l'intérêt de cette qualification se manifeste grandement dans les

¹¹⁴² Nze Ndong Dit Mbele (J-R), *Le dirigeant de fait en droit privé français, thèse de doctorat (présentée et soutenue le 09 juillet 2008 à la faculté de droit, sciences économiques et gestion - Université Nancy 2)*, n° 2, p. 7.

¹¹⁴³ A. Charveriat et al., *Groupe de sociétés, Mémento pratique francis lefebvre*, op.cit., n°2457, p.302.

¹¹⁴⁴ F.-X. Lucas, *Les filiales en difficulté*, LPA 4 mai 2001, p. 66

¹¹⁴⁵ G. Auzero et N. Ferrier, *Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, Répertoire de droit du travail*, Editions Dalloz 2011, n°169.

conséquences que la direction de fait peut induire face à la société mère, en faveur des créanciers de la société filiale.

Sous-section II : Les conséquences de la qualification de dirigeant de fait

594. L'identification du vrai maître de l'entité sociale permet d'engager la responsabilité de la personne qui tente d'échapper aux sujétions du statut de dirigeant de droit. Comme un auteur¹¹⁴⁶ a pu le souligner à juste titre, il n'est pas question d'admettre qu'une personne puisse, même indirectement et sous couvert d'une personne physique, exercer un pouvoir de direction par personne interposée et échapper à toute responsabilité. Cependant, il faut rappeler que la qualité de dirigeant de fait ne produit pas toutes les conséquences liées à la qualité de dirigeant de droit, mais uniquement celles qui sont mises à la charge de ce dernier¹¹⁴⁷. Autrement dit, le dirigeant de fait « est assimilé au dirigeant de droit pour tout ce qui concerne les aspects contraignants, fiscalité et responsabilité notamment sans pouvoir se prévaloir des règles favorables inhérentes au statut de dirigeant de droit¹¹⁴⁸ ». Une société-mère qualifiée de dirigeant de fait de sa filiale peut à ce titre être obligée de combler le passif de cette dernière¹¹⁴⁹, mais sans pour autant se prévaloir de cette qualité pour avoir droit de rémunération.

595. En outre, dès lors qu'il existe un dirigeant de droit et un dirigeant de fait, leur responsabilité peut se cumuler, l'une n'excluant pas l'autre¹¹⁵⁰. En effet, le statut de dirigeant de droit ne fait pas écran et n'empêche pas de rechercher la responsabilité du dirigeant de fait ; bien au contraire, en présence du dirigeant de fait, les juges vont engager la responsabilité du dirigeant de droit qui n'a pas su conserver ses pouvoirs. Toutes les fautes susceptibles de retenir la responsabilité du dirigeant de droit sont également imputables à un dirigeant de fait¹¹⁵¹. Une société mère qui s'ingère dans la direction de sa

¹¹⁴⁶ Voir dans le même sens, D. Poracchia, *Le dirigeant de fait personne morale par l'intermédiaire d'une personne physique administrateur à titre personnel*, note sous Cour de cassation (com.) 27 juin 2006, Société Licorne gestion, anciennement dénommée banque Worms. Rev. Soc. 2006, p.900.

¹¹⁴⁷ Voir encore, N. Dedessus-Le-Moustier, *La responsabilité du dirigeant de fait*. Rev. soc., n°5, p.499. Selon l'auteur, le droit des affaires, « soucieux de sanctionner celui qui tente d'échapper aux contraintes du statut de dirigeant de droit, procède à une prise en compte distributive de la situation de fait qui consiste à appliquer aux dirigeants de fait les effets négatifs qu'ils auraient à supporter en tant que dirigeants de droit et à les exclure des aspects positifs de ce statut ».

¹¹⁴⁸ M. Cozian et alter, op. cit., n°261, p.149.

¹¹⁴⁹ Cass. com. 6 juin 2000, RJDA 2000, n°868.

¹¹⁵⁰ Voir :P-R. Galle, *Les administrateurs n'échappent pas à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, même après la loi NRE ! - 07/09/2011.*, note sous Cour de cassation. Com. 31 mai 2011, n° 09-13.975, 09-14.026, 09-16.522, 09-67.661, publié au bulletin, Rev. Soc. 2011 p. 521.

¹¹⁵¹ CA Dijon, ch civ B, 24 févr. 2005, JurisData n° 2005-279859, 2e esp. Dr sociétés 2005, comm. n° 214, obs. J.-P Legros : « la personne qui accepte la gérance d'une société doit nécessairement en accepter les

filiale par le biais d'un dirigeant ou d'un salarié engage sa responsabilité à l'encontre des créanciers de cette dernière, de même que celui-ci ne peut se soustraire à sa responsabilité de dirigeant de droit.

Toutefois, ce n'est pas seulement la logique ou les pratiques judiciaires qui justifient la poursuite du dirigeant de fait : la responsabilité retrouve aussi son fondement dans des textes législatifs afférents au droit des sociétés et au droit commun. En effet, il existe en droit français une assimilation manifeste du régime de la direction de fait à celui de la direction de droit¹¹⁵². Les deux statuts entraînent les mêmes contraintes relatives à la responsabilité civile du dirigeant social, mais avec certaines nuances émanant de la situation financière de la société en cause. La similitude est notable lorsqu'il s'agit d'une société soumise à une procédure d'apurement de passif alors qu'elle est moins claire concernant une société *in bonis*.

I- Le dirigeant de fait d'une filiale en liquidation judiciaire

596. Lorsqu'il s'agit d'une société filiale en liquidation judiciaire, le dirigeant de fait qui a commis une faute de gestion contribuant à l'insuffisance d'actif peut être condamné à supporter tout ou partie de cette insuffisance (C. com. art. L.651-2, issu de la loi du 25 janvier 1985)¹¹⁵³. Cette sanction, connue sous le nom de « comblement de passif social¹¹⁵⁴ », peut être prononcée contre tout dirigeant, peu importe qu'il soit de droit ou de fait, personne physique ou morale¹¹⁵⁵. Or la société mère peut être qualifiée de dirigeant de fait dès lors qu'elle s'implique dans la direction générale de sa filiale, cette action pourra lui être intentée, à titre personnel ou *in solidum* avec les dirigeants de droit de cette dernière. Dans un arrêt de la Cour de cassation, il a été jugé que « peut être déclarée

obligations et ne peut s'exonérer de sa responsabilité en soutenant qu'elle a été défaillante dans sa mission de dirigeant (...) Le seul fait de laisser une autre personne diriger la société à sa place constitue une faute de gestion qui permet de lui attribuer la responsabilité de toutes les conséquences d'une gestion défectueuse ».

¹¹⁵² C'est à la différence de la situation en droit libyen où la direction de fait ne semble pas avoir été clairement traitée. En effet, le Code de commerce ne prévoit aucune disposition relative à cette notion. L'ensemble des règles régissant la direction sociale ne concerne que la direction de droit. De même, à notre connaissance, la juridiction n'a encore eu aucune occasion pour se prononcer sur cette question.

¹¹⁵³ Aux termes de cet article « lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables ».

¹¹⁵⁴ L'action en comblement de passif a été aménagée par la loi 205-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, voir infra n° 599.

¹¹⁵⁵ Cass. com. 27 juin 2006, n°922 : *RJDA*, 5/07, n°484. Dans cette affaire, « alors même qu'elle n'avait pas accompli personnellement aucun acte de gestion, une banque a été jugée administrateur de fait d'une société anonyme par l'intermédiaire de l'un de ses cadres qui en était administrateur de droit et était dépourvu de toute autonomie à son égard ».

responsable de ses fautes, sur le fondement de l'article L. 624-3 du même Code, la personne morale qui, sans être dirigeant de droit de la société en redressement ou liquidation judiciaire, a exercé de fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société ».

Au demeurant, la qualification de dirigeant de fait peut être attribuée, non seulement à la société mère, mais encore à d'autres personnes qui lui sont liées. L'action en comblement de passif sera portée contre l'ensemble de ces personnes. Par exemple, la société grand-mère, qui s'ingère dans la direction d'une sous-filiale par le biais du dirigeant de sa filiale, doit avoir avec cette dernière la qualité de dirigeant de fait et assumer la responsabilité qui en découle. Dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 2 novembre 2005¹¹⁵⁶, une société anonyme administratrice d'une société mère contrôlant quatre filiales, qui s'était immiscée dans la gestion de ces dernières par l'intermédiaire du dirigeant de la société mère (leur dirigeant légal commun), a été considérée avec cette dernière comme leurs dirigeants de fait.

597. Par ailleurs, pour la recevabilité de l'action en comblement de passif fondée sur la direction de fait, deux conditions doivent être remplies : le prononcé d'une procédure de liquidation judiciaire contre la société en cause et la commission d'une faute de gestion par le dirigeant de fait¹¹⁵⁷. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, un dirigeant de droit ou de fait ne peut être poursuivi en comblement de passif que si la société en cause est mise en liquidation judiciaire. La résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ne suffit pas, à elle seule, pour assigner ces dirigeants. Une société mère dirigeante de fait ne peut être actionnée en comblement de passif que si sa filiale est soumise à une procédure de liquidation judiciaire. Autrement, les créanciers de la filiale déficitaire doivent se limiter aux règles générales du droit commun¹¹⁵⁸.

598. D'autre part, l'insuffisance d'actif social doit être consécutive à une faute de gestion commise par le dirigeant de fait (la société mère au cas échéant). Une illustration de la responsabilité de ce dirigeant est fournie par un arrêt d'appel de Paris¹¹⁵⁹, rendu à propos d'un actionnaire fondateur et instigateur d'un groupe de sociétés de presse, qui

¹¹⁵⁶ Cass. com., 2 nov. 2005, n°1351: RJDA 5/06 n°535.

¹¹⁵⁷ Voir, J-P. Legros, (idem) : « L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif suppose le prononcé d'une procédure de liquidation judiciaire depuis 2008. Elle frappe le dirigeant de toute personne morale qui engage sa responsabilité pécuniaire en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif ».

¹¹⁵⁸ Voir plus de détails sur ces règles à propos de la société in bonis, n° 615 et s.

¹¹⁵⁹ CA. Paris, 8 mars 1994, Époux putti, Bull. Joly soc. 1994, § 193, p.681, note B. Saintourens.

jouait le rôle de maître de l'affaire de cinq filiales malgré l'existence du dirigeant légal de celles-ci. L'activité déficitaire du groupe s'est poursuivie pendant plusieurs mois et des irrégularités comptables ont été commises. Pour les juges du fond, un tel comportement est constitutif d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, et les dirigeants de droit et de fait ont ainsi été condamnés solidairement au comblement de passif de chacune des cinq sociétés¹¹⁶⁰. Dans un autre arrêt de la même Cour¹¹⁶¹, une société mère, associée majoritaire de sa filiale, a été considérée comme dirigeant de fait de celle-ci et ainsi condamnée au comblement de son passif. Cette société, ayant fait interrompre la fabrication du principal produit de sa filiale sans prévoir de produit de substitution, il lui a été reproché en sa qualité de dirigeant de fait d'avoir commis des fautes de gestion au sein de son groupe.

599. Par ailleurs, antérieurement à l'ordonnance du 18 décembre 2008, (entrée en vigueur le 15 février 2009, devenue l'article L.651-2 du Code de commerce), il existait l'action d'obligation aux dettes sociales, créée par la loi de 2005¹¹⁶². Le dirigeant de fait fautif risquait de voir mis à sa charge l'ensemble des dettes sociales et aussi de tomber sous le coup de la faillite personnelle¹¹⁶³. Le tribunal qui prononçait la faillite sociale pouvait déclarer la faillite personnelle du dirigeant. Désormais, selon l'article L. 651-2¹¹⁶⁴, la condamnation en responsabilité du dirigeant fautif, que ce soit de fait ou de droit, est

¹¹⁶⁰ Voir les détails de cette affaire, T. Gautier, *op.cit.*, n°826, p.502 et s.

¹¹⁶¹ CA. Paris, 23 mai 1997 : *RJDA* 10/97, n°1277.

¹¹⁶² Cette loi était aussi à l'origine de la disparition de l'action en extension de la procédure collective de la société à ses dirigeants de droit ou de fait créée par l'article 180 de la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Aux termes de l'article 180 de la loi n° 85-98, déjà modifié : « Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux ».

¹¹⁶³ Voir, J-P. Legros, note sous cass. com. 22 nov. 2011, n°10-25.096, FS-P+B : *JurisData* n° 2011-025884 ; *BICC* 758, 15 mars 2012, n° 321 ; *LEDED* n° 1, janv. 2012, comm. 5, M. Laroche ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 5, obs. P. Cagnoli. Il a écrit en ce sens que : « Sous l'empire du droit antérieur à la réforme, l'ancien article L. 624-5 autorisait à titre de sanction l'extension de la procédure frappant la personne morale à ses dirigeants. Il s'agit d'une "fausse extension" dans la mesure où les procédures qui frappent le dirigeant et la société demeurent distinctes ». Voir aussi, D. Tricot, *La confusion de patrimoines et les procédures collectives*, Rapport de la Cour de cassation, 1997 : *Doc. fr. spéc.* p. 166. - Voir aussi, F. Aubert et M.-C. Piniot, *La personnalité morale des sociétés face au droit des procédures collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation*, *Mél. P Bézard : éd. Petites Affiches - Montchrestien* 2002, p. 287 s., spéc. p. 292.

¹¹⁶⁴ Aux dispositions de cet article « lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables ».

limitée au montant de l'insuffisance d'actif¹¹⁶⁵. En effet, la pratique a démontré que l'action de l'obligation aux dettes sociales faisait double emploi avec l'action en comblement de passif¹¹⁶⁶.

600. En outre, depuis la loi n°2012-346 du 12 mars 2012 (relative aux mesures conservatoires en matière de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet), le président du tribunal saisi peut ordonner, à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur. Une société mère ayant la qualité de dirigeant de fait, qui commet une faute à l'origine de la cessation des paiements de sa filiale peut être touchée par cette mesure. Si cette société est propriétaire de biens que la filiale impécunieuse détient pour son compte, la mesure permettra de saisir à titre conservatoire ces éléments d'actifs dont le propriétaire aurait pu exiger la restitution avant qu'une décision judiciaire ne retienne sa responsabilité dans la défaillance de cette société¹¹⁶⁷.

La proposition de loi visait initialement toute personne à l'encontre de laquelle une action en responsabilité de droit commun a été engagée. La terminologie englobait non seulement les dirigeants de droit ou de fait, mais encore le tiers. La Commission des lois a limité le domaine d'application aux seuls dirigeants de droit et de fait¹¹⁶⁸. On peut néanmoins se demander si cette limitation exclut le tiers de manière définitive, c'est-à-dire même s'il dispose à l'égard de la société d'une position dominante susceptible de lui imputer la qualité de dirigeant de fait : une société grand-mère ou un banquier ou un fournisseur. A notre avis, la généralité du concept de « dirigeant de fait » intéressé par cette réforme, permet d'appréhender toute personne s'impliquant dans les affaires sociales sans

¹¹⁶⁵ P. Roussel Galle, *Le dirigeant de fait condamné en paiement des dettes sociales ne peut se prévaloir de l'irrégularité de la procédure de vérification des créances*, Note sous Cour de cassation (com.) 6 oct. 2009, F-D, n° 08-15.378, Meunier ép. Hamelet c/ Du Buit ès qual.

¹¹⁶⁶ Voir, A. Charvériat et alter, *Mémento pratique Francis Lefebvre, sociétés commerciales*, 2011, n°91460, p.1517.

¹¹⁶⁷ J-P Legros, *Les mesures conservatoires destinées à assurer l'exécution d'une condamnation à combler le passif sont autonomes*, dr. soc., n°11, nov. 2011, comm. 201, note sous cassation. com., 31 mai 2011, n° 10-18.472, FS-P+B, Spangberg c/ Société Gauthier-Sohm : JurisData n° 2011-010301 ; D. 2011, p. 1613, note A. Lienhard ; Rev. soc. 2011/9, p. 522, note P. Roussel Galle ; L'Essentiel du droit des entreprises en difficultés, 2011/7, comm. 107, p. 6, obs. P. Rubellin ; Act. proc. coll. 2011, comm. 194, C. Delattre.

¹¹⁶⁸ J-P. Legros, *Mesures conservatoires et responsabilité de dirigeant, droit des sociétés*, 5, mai 2012, comm. 87.

être titulaire d'un poste, qu'elle soit associée ou tierce.

601. Enfin, il faut se rendre compte que la responsabilité de la société mère n'est pas présumée du seul fait que cette dernière soit qualifiée de dirigeant de fait. Le demandeur doit pouvoir établir que des fautes de gestion ont été commises par cette société et ont contribué à créer ou à aggraver l'insuffisance d'actif de la filiale. Autrement dit, il faut que soient établis, outre la qualité de dirigeant de fait de la société mère, les éléments de la responsabilité civile de celle-ci, à savoir : la faute de gestion, le dommage (consistant en l'insuffisance d'actif de la filiale), et le lien de causalité¹¹⁶⁹.

602. Il convient de souligner encore à ce propos que la faute de gestion commise par un dirigeant de fait doit être appréhendée d'une manière quelque peu nuancée de celle imputée à un dirigeant de droit. Seuls des agissements positifs pourront fonder la responsabilité du dirigeant de fait, et ce à la différence du dirigeant de droit qui peut se voir imputer des omissions.

II- Le dirigeant de fait d'une filiale *in bonis*

603. Contrairement à l'hypothèse de la société en liquidation judiciaire dont le régime du dirigeant de fait se fonde sur celui du dirigeant de droit, lorsqu'il s'agit d'une société *in bonis*, les règles applicables en la matière sont celles du droit commun. Le tiers victime doit établir les éléments constitutifs de la responsabilité du dirigeant de fait, tels que régis par les articles 1382¹¹⁷⁰ et 1383¹¹⁷¹ du Code civil. Par ailleurs, selon la jurisprudence en vigueur, le régime de la responsabilité des dirigeants prévu au Code de commerce (art. L. 223-22¹¹⁷², L. 225-251, L. 226-12 et L. 227-8), ne convient que pour les dirigeants de droit. Le dirigeant de fait n'est pas un organe social institutionnel, mais une personne qui viole les règles d'organisation de la société. Son intervention dans la gestion sociale doit s'analyser en une activité délictuelle, car elle s'effectue au mépris des règles qui régissent l'attribution des pouvoirs de gestion dans la société. En conséquence, il invoquera

¹¹⁶⁹ Voir la notion de faute de gestion, n° 643.

¹¹⁷⁰ « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

¹¹⁷¹ Selon cet article « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

¹¹⁷² Cet article, relatif aux sociétés à responsabilité limitée, prévoit que « les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». Par renvoi des articles L. 226-12 et L. 227-8 du Code de commerce, ce texte a été repris dans les sociétés anonymes par l'article L. 225-251 du même Code, applicable aux SCA et aux SAS.

vainement l'application du régime spécial de responsabilité, relatif aux dirigeants légaux.

604. En revanche, comme nous l'étudierons dans le second titre, la jurisprudence fait preuve de tolérance envers les dirigeants de droit lorsque les finances de la société sont en équilibre. Elle exige pour la mise en jeu de leur responsabilité que leur faute soit détachable de l'exercice de leurs fonctions sociales. Faute de quoi, il incombe au tiers de s'adresser à la société. Dans un arrêt daté du 20 mai 2003¹¹⁷³, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé le principe selon lequel « la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers ne peut être saisie que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions », pour ensuite définir cette faute en déclarant « qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une gravité particulière incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales¹¹⁷⁴ ».

605. Or, la direction de fait suppose que « la personne concernée, physique ou morale dépourvue de mandat social, s'est effectivement ingérée dans l'administration, la gestion ou la direction de la société et a en toute indépendance exercé une activité positive dans cette dernière¹¹⁷⁵ ». La faute intentionnelle ou une d'une gravité particulière est immanquablement imputable au dirigeant de fait. En effet, il n'y a pas lieu de parler ici d'une faute attachée à l'exercice des fonctions sociales (faute de gestion), car le dirigeant de fait n'a pas été régulièrement investi par les organes de la société d'un pouvoir quelconque. La distinction entre la faute de gestion et la faute séparable des fonctions sociales relève uniquement du dirigeant de droit attribué par la loi et les statuts des pouvoirs gestionnaires. À cet effet, la faute personnelle de dirigeant de fait résulte de son ingérence dans la gestion sociale, susceptible d'être consécutive à un fait illicite¹¹⁷⁶. Lorsqu'il s'agit d'une société mère dirigeante de fait de sa filiale, les tiers victimes de ses agissements fautifs peuvent saisir le tribunal compétent afin d'obtenir réparation de leur préjudice. Cette société n'a pas vocation à réfuter leur revendication en se prévalant que sa faute n'est pas disjointe de ses fonctions sociales.

¹¹⁷³ Cass. Com. 20 mai 2003, p.2623, note B. Dondero ; JCP E 2003, 1203, n°2, obs. J-J. Caussain, F-I. Deboissy et G. Wicker ; Rev. soc. 2003, p.479, note J-F. Barbière.

¹¹⁷⁴ Voir, M. Cozian et alter, op. cit., n°283, p.162 ; voir aussi, Cass. com. n°08-21.547, 08-21.793 - 09 mars 2010 – Bull. 2010, IV, n° 48 : « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement ; que la faute est séparable lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une gravité particulière incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ».

¹¹⁷⁵ D. Gibirila, *Le dirigeant de société*, Litec, 1995, n°580.

¹¹⁷⁶ Nze Ndong Dit Mbele (J-R), thèse précitée, n°263, p.256 : « En vertu du principe de non immixtion dans la gestion des sociétés, la faute de dirigeant de fait résulte de la gestion de fait elle-même car cette dernière est un fait illicite ».

Conclusion du chapitre

606. Le principe juridique est qu'une filiale est une personne autonome malgré la part que peut représenter la société mère et que cette dernière peut détenir dans son capital. Cette filiale cesse cependant d'être juridiquement valable dès l'instant qu'on établit son caractère fictif, et c'est le cas lorsque les associés ne sont que des prête-noms de la société mère. Sa personnalité virtuelle n'apparaît alors que comme un écran masquant l'activité de cette dernière. La fictivité peut également frapper l'action sociale des dirigeants dans la mesure où la société mère impose sa volonté aux dirigeants de sa filiale au point de priver ces derniers de toute indépendance dans leur exercice.

Dans les deux hypothèses, le législateur a régi l'irrégularité en faveur des créanciers de la filiale en cause. D'une part, et selon l'article 621-2 du Code de commerce, la procédure collective ouverte à l'encontre de la société mère doit être étendue à la filiale dès lors qu'il est prouvé que celle-ci n'a été constituée qu'en vue de masquer l'activité exercée par la société mère. D'autre part, les tribunaux n'hésitent pas à qualifier cette dernière de dirigeant de fait lorsqu'ils constatent que les dirigeants de droits de la filiale sont dépourvus de toute autonomie dans leurs fonctions. La procédure collective doit en l'occurrence être appliquée non seulement contre la filiale et ses dirigeants de droit, mais également contre la société mère dirigeant de fait.

Par ailleurs, la société mère en tant qu'associée majoritaire de sa filiale se voit souvent en mesure de se faire désigner dirigeant de celle-ci. Plusieurs sanctions peuvent à ce titre lui être imposées : en qualité de dirigeante, elle est susceptible de supporter l'insuffisance d'actif de sa filiale qui résulte de sa faute de gestion. Comme associée majoritaire, elle peut être poursuivie pour sa faute personnelle contributive à l'impécuniosité de sa filiale. De même, il existe en droit français certaines dispositions particulières relatives à certains domaines, qui prévoient la responsabilité de la société mère.

Titre II : La protection des créanciers contre les fautes de la société mère

607. Selon une jurisprudence constante, la preuve d'une confusion de patrimoine ou d'une fictivité n'est pas le seul moyen de mettre à la charge d'une société mère le passif irrécouvrable d'une de ses filiales¹¹⁷⁷. Une autre piste doit être explorée, celle d'une action en responsabilité civile qui peut viser cette société lorsqu'elle commet des fautes personnelles ou de gestion¹¹⁷⁸. En effet, et comme le fait remarquer F-X. Lucas, « la juridiction française n'invite pas à emprunter la voie escarpée de l'action en extension pour confusion des patrimoines mais, dans le respect du principe de l'autonomie patrimoniale des sociétés du groupe, à raisonner en terme de responsabilité civile¹¹⁷⁹ ». Ainsi dans un arrêt rendu le 19 avril 2005, la Cour de cassation¹¹⁸⁰ a considéré que l'existence d'une confusion de patrimoine n'avait pas été suffisamment caractérisée par la Cour d'appel au regard de l'existence d'un groupe de sociétés. Elle a relevé ensuite qu'une action en comblement de passif aurait – peut-être – pu en l'espèce être intentée et la société mère aurait pu être tenue du passif de sa filiale sans pour autant que l'autonomie patrimoniale de celle-ci soit remise en cause¹¹⁸¹. Autrement dit, et comme le précise *Ph. Delebecque*, rien ne s'oppose à ce que les créanciers d'une filiale débitrice délaissent une action en extension de la procédure collective pour une action en responsabilité fondée sur la faute de gestion ou sur les principes généraux de la responsabilité¹¹⁸².

1177 Cass. ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, AJ p. 3270, obs. A. Lienhard; D. 2003, RJ. Com. p. 445, note C. Larroumet, Somm. p. 1472, obs. G. Taormina; RTD com. 2003, p. 148, obs. D. Legeais, et p. 367, obs. A. Martin-Serf; Rev. soc. 2003, p. 876, obs. Y. Chartier; RTD civ. 2003, p. 146, obs. R. Perrot, et p. 331, obs. P. Crocq; JCP 2003, II, 10033, note D. Houtcieff, et I, 144, n° 14, obs. M. Cabrillac; Act. proc. coll. 2002, n° 262, obs. C. Regnaut-Moutier; RD bancaire et fin. 2003, n° 37, obs. J.-M. Delleci; dr. et procédures 2003, p. 120, obs. E. Putman; LPA, 27 févr. 2004, p. 11, note M. Sénéchal) qui a condamné son analyse du sort à réserver aux créances correspondant à des prestations fournies, par un débiteur soumis à une procédure collective, depuis le jugement d'ouverture? Procédant à un revirement de jurisprudence (Cass. com., 7 déc. 2004, D. 2005, AJ p. 77, obs. A. Lienhard, Jurisp. p. 230, note C. Larroumet; RTD com. 2005, p. 155, obs. M. Cabrillac; RTD civ. 2005, p. 132, obs. J. Mestre et B. Fages; Act. proc. coll. 2005, n° 17, obs. C. Regnaut-Moutier; JCP E 2005, p. 236, note S. Raby, et p. 639, n° 4, obs. P. Pétel).

1178 D. Robine et J. Marotte, *L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés*, Revue des sociétés 2006 p. 897.

1179 F-X. Lucas, P-M. Le Corre, *Redressement et liquidation judiciaires*, recueil Dalloz 2005, p. 2011.

¹¹⁸⁰ Cass. com. 19 avr. 2005, N° 05-10.094, Bull. 2005 IV N° 92 p. 95 : note D. Robine, *L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés*, rev. soc. 2006, p. 897.

¹¹⁸¹ Elle a affirmé dans ce sens qu'« Attendu qu'en se déterminant par des motifs impropres à caractériser en quoi, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société mère, qu'elle a constatés, révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société mère avec celui de sa filiale, la cour d'appel, qui ne statuait pas sur le fondement de l'article L. 624-3 du code de commerce, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹¹⁸² Ph. Delebecque, *Groupe de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilité*

608. Par ailleurs, la protection des créanciers de la filiale contre l'immixtion de la société mère peut également trouver son origine dans d'autres domaines juridiques particuliers. En effet, conscient de la particularité et de l'insuffisance de règles applicables en matière des groupes, le législateur français a montré, au cours de ces dernières années, sa détermination à traiter au cas par cas ce phénomène (les groupes de sociétés). Il a énoncé différents principes de responsabilité de la société mère (ou de l'entité contrôlante) du fait de l'activité d'une société membre de son groupe. Cela se remarque en réalité dans plusieurs domaines, dont les plus importants se résument en deux principaux : celui de l'environnement et celui de la concurrence.

De plus, les Codes civils français et libyen, comportent différents mécanismes juridiques, susceptibles de s'appliquer avec pertinence aux rapports contractuels entre des sociétés membres d'un groupe. En effet, et comme le souligne un auteur¹¹⁸³, « dans les faits, les relations qui se nouent entre les sociétés d'un même groupe vont bien au-delà des simples liens capitalistiques ». Il peut exister entre ces sociétés des rapports de différentes natures : commerciales (par exemple des contrats de distribution) ou financières (des conventions de centralisation de trésorerie) très étroits. Les créanciers des sociétés filiales peuvent être affectés d'une manière ou d'une autre par ces liens. Ils sont à cet égard en mesure d'invoquer certains mécanismes pour se prémunir contre les risques découlant de la non-exécution ou de l'exécution défectueuse des contrats.

De ce fait, nous analyserons la protection des créanciers de la filiale en droit des sociétés en général (1er chapitre) et cette même protection liée à des domaines juridiques particuliers (2e chapitre).

des membres du groupe, Rev. proc. coll. 1998, p. 129.

¹¹⁸³ R. Dammann, *Les groupes de sociétés face aux procédures d'insolvabilité*, Rev. Lamy Droit des affaires, 2007, p. 16.

Chapitre I : La protection des créanciers en droit des sociétés

609. En l'absence de confusion de patrimoine ou de fictivité (et en dehors des domaines régis par des règles particulières¹¹⁸⁴), la société mère n'assume aucune responsabilité du fait de ses filiales et *vice versa*. La personnalité juridique des sociétés composant le groupe interdit de tenir l'une pour responsable en raison du comportement des autres¹¹⁸⁵. Dans le même ordre d'idées, la société mère ne commet aucune faute civile en décidant de ne pas accorder son soutien financier à une filiale en difficulté¹¹⁸⁶. Ce principe énonce d'ailleurs que, « lorsqu'il s'agit d'évaluer si les difficultés rencontrées par une filiale justifient l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, la situation financière de la société mère ne puisse être prise en considération¹¹⁸⁷ ».

Il en résulte ainsi que les créanciers de la première qui prétendent être victimes d'un préjudice causé par la société mère ne peuvent que rechercher la responsabilité de cette dernière en se fondant sur sa faute personnelle, celle commise à l'occasion de l'exercice de ses prérogatives au sein de la filiale. Ils devraient d'abord établir que cette société dispose d'une qualité attributive des pouvoirs de gestion ou de décision à l'égard de la filiale, et ensuite prouver qu'elle avait commis une faute liée à l'exercice de ses fonctions sociales. Une fois ces éléments établis, la société mère dirigeante ou associée majoritaire peut se voir imputée tout ou partie du passif de sa filiale.

Cependant, il faut noter qu'il n'y a pas lieu d'évoquer l'extension de la procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la société filiale à la société mère dirigeante ou associée. En effet, depuis la loi du 26 juillet 2005 le législateur a supprimé les extensions prévues auparavant à l'article 7 de la loi du 25 janvier 1985, au détriment des associés ou des dirigeants de la personne morale débitrice. Ainsi, il n'existe plus aujourd'hui que les deux cas prévus à l'article L. 621-2 du Code de commerce afférents à des situations juridiquement anormales : la fictivité de la personne morale et la confusion des patrimoines¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁴ Cf. infra n° 702 et s.

¹¹⁸⁵ M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°1543, p. 791.

¹¹⁸⁶ cf. en matière bancaire, CA Paris, 13 janv. 1998, Bull. Joly Sociétés 1998, p. 321, note Daigre J.-J. ; cf. également, Lucas F.-X., *Les filiales en difficulté*, LPA 2001, no 89, p. 66.

¹¹⁸⁷ CA Versailles, ch. com., 15 juin 2006, no RG: 05/05371, Yvon X c/ SAS 9 Telecom, Rev. proc. coll. 2006, p. 225, note Fraimout J.-J.

¹¹⁸⁸ A. Martin-Serf, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, conditions de fond, personne morale*, JurisClasseur, 15 sept. 2006, n° 72.

Dès lors, il convient de consacrer ce chapitre à la responsabilité de la société mère fondée sur sa faute liée à l'exercice des fonctions sociales dans la filiale. Il s'agit de la faute imputée à cette société en qualité de dirigeante de sa filiale (1^{ère} section), et de celle rattachée à l'exercice de ses pouvoirs d'associée majoritaire (2^e section).

Section I : La société mère, dirigeante de sa filiale

610. La société mère peut être poursuivie par les créanciers de sa filiale si elle a commis en tant que dirigeante¹¹⁸⁹, une faute de gestion ou une violation des statuts ou des lois applicables¹¹⁹⁰. Comme nous l'avons étudié plus haut, les Codes de commerce français et libyen n'interdisent pas aux personnes morales d'exercer la direction sociale, conférant aux sociétés mères, associées majoritaires de leurs filiales, une opportunité pour se faire nommer dirigeante de celles-ci. Elles peuvent exercer cette fonction par leur représentant légal ou par une autre personne, telle qu'un salarié ou un dirigeant.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une filiale de forme anonyme, la direction se caractérise par une large flexibilité, notamment après l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (inhérente à la modernisation de l'économie), qui a permis aux associés de choisir les membres du conseil d'administration parmi eux ou parmi des tiers. La société mère, actionnaire majoritaire de sa filiale, pourra se voir nommer membre du conseil d'administration de celle-ci, ou attribuer cette qualité à une personne subordonnée, telle un salarié ou une autre filiale. Mais dans ce dernier cas, elle n'aura pas la qualité de dirigeant de droit.

611. En revanche, la société mère n'a pas vocation à endosser la qualité de représentant légal de sa filiale, c'est-à-dire celle de président du conseil ou de directeur général¹¹⁹¹. Ces postes ne peuvent être confiés qu'à une personne physique, choisie par le conseil d'administration, parmi ses organes, ou à des tiers. Même si cette société fait partie du conseil d'administration de sa filiale, son président ou directeur général ne peut s'investir

¹¹⁸⁹ « Le dirigeant est celui ou ceux désigné(s) par les statuts ou par les associés en fonction au moment des faits. Il pourra s'agir du P - DG, du directeur-général, des membres du directoire, des membres du conseil d'administration, des représentants permanents des personnes morales, du gérant et même du liquidateur amiable après la dissolution de la société. Il importe peu également que le dirigeant soit ou non rémunéré, qu'il ait ou non la qualité d'associé ou encore la nationalité française » (voir, J-P. Legros, *op. cit.*, n°28-8, p.?).

¹¹⁹⁰ Certains auteurs constatent qu'en pratique, il est assez rare que la société mère soit dirigeant de droit de ses filiales : la qualité qui lui est la plus attribuable est celle de dirigeant de fait. Voir en ce sens, R. Dammann, *op. cit.*, p. 16 ; H. Essa, *Les sociétés multinationales*, *op. cit.*, p. 170.

¹¹⁹¹ Depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, la direction sociale peut être confiée soit au président du conseil d'administration soit à un directeur général (C. com., art. L 225-56).

dans ces fonctions, n'étant pas attaché à son poste de manière autonome, mais en tant que mandataire d'une personne morale administrateur. Pour autant, lorsqu'il s'agit d'une filiale anonyme de structure nouvelle (dualiste), les membres de son directoire doivent être des personnes physiques (C. com. art. L. 225-72). Cette exigence exclut toute possibilité pour la société mère de s'attribuer la qualité de dirigeant de sa filiale. Cependant les membres du conseil de surveillance peuvent être des personnes physiques ou morales, choisies parmi les associés ou des tiers. La société mère trouve dès lors vocation à se faire désigner dans ce conseil et exercer les pouvoirs attribués à ses membres, notamment ceux de nommer et contrôler les membres du directoire de sa filiale.

612. De surcroît, le régime de la SAS est souvent conçu dans les groupes de sociétés comme un mode approprié aux filiales, étant donné la flexibilité des règles afférentes à la direction. Dans cette forme sociale, la plus grande latitude est conférée aux associés afin d'adapter la société aux besoins d'aménagement du pouvoir éprouvés par les groupes pour l'exercice d'une activité déterminée¹¹⁹². Une filiale revêtue d'une telle forme se soumettra facilement au contrôle de sa mère puisque sa direction peut être confiée à une seule personne physique ou morale¹¹⁹³, parmi les associés ou des tiers. Dans cette souplesse d'organisation, la société mère trouve une large possibilité de se faire désigner dirigeante unique, voire présidente du conseil d'administration de sa filiale, exerçant ses fonctions par son représentant permanent, qui peut être un dirigeant ou un salarié. Dans tous ces cas, les conditions de nomination, révocation et rémunération, ainsi que la durée du mandat social, sont déterminées par les statuts de la filiale. La société mère dirigeante ou présidente doit respecter les obligations légales et statutaires relatives à ces qualités. Elle assume en cas de violation, la responsabilité qui en découle.

613. Du reste, non loin de ce régime, on trouve le statut juridique de la SCA qui confère aux associés une totale liberté sur l'organisation de sa direction. Ces derniers disposent du pouvoir de nommer les gérants parmi eux ou des tiers, personnes physiques ou morales. Les dirigeants peuvent gérer la société de toutes les façons qu'ils jugent

1192 Voir : T. Gautier, *op. cit.*, n° 444, p. 289 ; P. Le Cannu, *Le contrôle d'une SAS par la mère d'une société minoritaire et par les cadres de celle-ci., note sur conseil d'Etat., Rev. soc. 2008, p. 104*. Il affirme en ce sens que « les statuts d'une société par actions simplifiées, on le sait, peuvent contenir des clauses qui s'éloignent très nettement des principes applicables aux sociétés anonymes, notamment concernant l'égalité des actionnaires et les modalités de prise des décisions de gestion (au sens légal)... ».

1193 A la différence de la SA, la direction de la SAS peut être confiée à un seul président qui peut être une personne morale tierce. Les statuts peuvent également créer des organes collégiaux, avec toute liberté de se dénommer (conseil d'administration, comité directeur, comité exécutif, bureau, etc.) ainsi que leurs fonctions respectives, et le mode de décision (majorité, simple, etc...) Voir M. Cozian et ses coauteurs, *op. cit.*, p. 404.

adéquates. Ils sont investis de pouvoirs étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (art. L. 226-7 C. com.) ; les statuts n'ayant pas à limiter ces pouvoirs. A cet égard, la place de ce type de société dans les groupes ne cesse de s'étendre, considérant les avantages qu'elle offre à la société mère dans la gestion et le contrôle de sa filiale portant cette forme. Celle-ci peut s'y faire désigner gérante unique ou confier cette fonction à un dirigeant ou un salarié.

Ce régime s'avère d'ailleurs différent de celui de la SARL qui agit en la matière avec une certaine rigidité. La gérance d'une SARL ne peut être confiée qu'à une ou des personnes physiques, parmi les associés ou des tiers. Dans cette condition, la société mère n'a pas à être dirigeante de sa filiale, même si elle peut y désigner un salarié ou un dirigeant personne physique¹¹⁹⁴.

614. Dès lors, le législateur procure aux associés dans la plupart des sociétés une large autonomie quant au choix des membres de la direction sociale, favorisant davantage les sociétés mères ou holdings qui veulent verrouiller le contrôle sur leur groupe. Mais, autant cette flexibilité juridique sert la mise en œuvre de la stratégie commune du groupe, autant elle facilite la mise en cause de la société mère dirigeante. Celle-ci, même associée d'une filiale à risque limité, peut s'exposer aux sanctions prévues contre les dirigeants sociaux.

Ces sanctions diffèrent cependant selon la situation financière de la société filiale : certaines sont relatives à la filiale *in bonis* (1^{ère} sous-section), d'autres s'appliquent à celle en difficulté (2^{ème} sous-section).

Sous-section I : La société-mère dirigeante d'une filiale in bonis

615. Être "*in bonis*" est une expression latine, actuellement d'une utilisation peu fréquente. Elle désigne dans notre étude une société jouissant de l'ensemble de ses droits patrimoniaux. Une filiale *in bonis* est une entreprise en bonne santé sur le plan financier. A l'inverse on parlera d'entreprise «en difficulté», relativement à une société placée sous le régime de la liquidation judiciaire. L'expression «une société filiale en difficulté» définit celle déchu de ses droits de disposer des biens constituant le gage de ses créanciers.

La position des dirigeants de la filiale *in bonis* implique à cet égard l'application de règles juridiques beaucoup moins strictes que celles afférentes à leurs analogues dans une filiale en difficulté. Il s'agit de l'action en responsabilité pour faute séparable de l'exercice

¹¹⁹⁴ En ce qui concerne le droit libyen, le Code de commerce n'exige pas la qualité de personne physique du gérant de SARL, ce qui permet à une société mère de s'attribuer un tel poste.

social (I), et de celle en responsabilité civile constitutive d'une infraction pénale (II).

I- L'action en responsabilité pour faute détachable des fonctions sociales

616. Dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, le législateur français a élaboré un régime spécial de la responsabilité des dirigeants. L'article L. 223-22 du Code de commerce relatif à la SARL, dispose que «les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion». La même disposition est reprise dans les sociétés anonymes par l'article L. 225-251, applicable à la SCA et à la SAS (par renvoi des articles L. 226-12 et L. 227-8). Dans ces textes, la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers peut être saisie dans trois hypothèses : violation des dispositions législatives ou réglementaires, violation des statuts, et faute de gestion. En tout état de cause, les tiers sont recevables à agir pour tous les chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux qui découlent de ces agissements fautifs.

617. Quant au droit libyen, l'article 186 du Code de commerce, relatif à la SA (applicable à la SCA et à la SARL), prévoit que «l'associé et le tiers victimes d'un préjudice résultant des actions fautives ou frauduleuses du conseil d'administration, peuvent demander aux membres de celui-ci la réparation».

A partir des années quatre-vingts, la jurisprudence française a limité considérablement la portée desdits articles, en décidant qu'à l'égard des tiers¹¹⁹⁵ la responsabilité des dirigeants ne peut être engagée que s'ils ont commis une faute personnelle séparable de leurs fonctions ; à défaut, le tiers lésé doit chercher la responsabilité de la société¹¹⁹⁶. Les tribunaux, soutenus par la haute juridiction, ont protégé les dirigeants à l'égard du tiers en leur opposant la barrière de la personnalité morale : toute faute commise était nécessairement de gestion et donc devait être assumée par la société

1195 Voir, R-B. Goudet, *La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers*, Recueil Dalloz, 13/06/2002, p. 1821 : «L'exigence de la faute détachable ou séparable et personnellement imputable au dirigeant, apparue dans les années 80, a été posée et réaffirmée maintes fois par la Cour de cassation (voir par exemple récemment : Cass. com. 9 et 22 mai 2001, Dr. sociétés 2001, p. 20, § 146 ; Cass. 3e civ. 4 avr. 2001, Dr. sociétés 2001, p. 22, § 102) pour engager la responsabilité des dirigeants de société à l'égard des tiers ».

1196 Voir dans le même sens, D. Schmidt, *Actualité du droit des sociétés : synthèse 2007-2008*, Dalloz actualité 28 avr. 2008.

elle-même¹¹⁹⁷. Comme *M. Cozian* et ses coauteurs¹¹⁹⁸ l'ont fait remarquer, « les juges ont transposé en droit des sociétés les solutions admises en droit administratif selon lesquelles l'agent ne répond que de sa faute personnelle détachable de ses fonctions, et non de sa simple faute de service¹¹⁹⁹ ». La jurisprudence a donc pu accepter l'application de cette théorie en droit des sociétés, considérant la faute détachable (ou séparable) de l'exercice des fonctions sociales comme la seule qui engage la responsabilité des dirigeants à l'égard du tiers¹²⁰⁰. Une évolution donc, commencée depuis 1982¹²⁰¹, a établi le principe général selon lequel : le dirigeant n'est responsable que des fautes personnelles détachables de ses fonctions. Les autres fautes sont des fautes « de service » dont seule la société supportera les conséquences¹²⁰².

618. Toutefois, le point délicat reste relatif au critère caractérisant cette notion (faute séparable). Dans un premier temps, la Cour de cassation a donné au caractère «détachable» un sens extrêmement étroit, exigeant pour la responsabilité du dirigeant que sa faute soit personnelle et qu'elle ne relève pas de l'exercice normal de ses fonctions. Ainsi, en mars 1982 elle a énoncé que « ne donne pas une base légale à sa décision une cour d'appel qui déclare les gérants de fait et de droit d'une société responsables solidairement avec la société des conséquences pécuniaires de la résiliation d'un contrat prononcée aux torts de cette dernière sans relever aucune circonstance d'où il résulterait que ces dirigeants sociaux aient commis une faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat

¹¹⁹⁷ La jurisprudence instaure en la matière une différence nette entre la responsabilité des dirigeants à l'égard des associés et cette responsabilité à l'égard du tiers. Cette différence découle en effet du fait qu'entre les dirigeants et le tiers s'interpose la société : les associés sont dans la société, le tiers lui est par définition extérieur. La personnalité morale fait en principe écran. Voir en ce sens, *Y. Chartier, La responsabilité du gérant en cas de fait délictuel ou quasidélituel imputable à une société, note sous cass. (Ch. com.), 4 juin 1991, SACEM c. SARL Windsor et M. Petit ès qual, rev. Soc. 1992, p.55.*

¹¹⁹⁸ *M. Cozian et alter, Droit des sociétés, op. cit., n°281, p.161.*

¹¹⁹⁹ Voir aussi : *R-B Goudet, La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers. A propos de l'arrêt rendu par la Cour d'Aix, le 20 sept. 2000 : « Cette jurisprudence conforte l'idée que la Cour de cassation s'inspirait de la distinction du droit administratif entre la faute de service et la faute détachable du service » ; Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 2004-2005, n°1374, p. 329 et s.*

¹²⁰⁰ *Cass. Com. 8 mars et 4 mai 1982, rev. soc. 1983, p. 573, note Guyon ; 4 oct. 1988, rev. soc. 1988, p.600, obs. Guyon, RTD Civ. 1989, p.86, obs. Jourdain, Defrénois 1989, p. 557, note J. Honorat ; 28 avr.1998, JCP E 1998, p. 1258, note Guyon, Bull. Joly 1998, p. 767, note Saintourens, RTDCom. 1998, p. 623, obs. Petit et Reinhard ; 12 janv. 1999, Bull. Joly 1999, p. 812, note Barbiéri.*

¹²⁰¹ *Cass. com. n° 79-10.42, 8 mars 1982.* Dans le domaine du droit social, une première confirmation a été constatée dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en avr. 1975. En la circonstance, la responsabilité du président d'un syndicat fut retenue au motif qu'ayant procédé à un licenciement fondé sur un « sentiment d'hostilité » et « inspiré par l'intention de nuire » au salarié, il avait « commis une faute personnelle détachable de ses fonctions (*Cass. soc. 9 avr. 1975, Bull. civ. V. n° 174, RTD civ. 1976. 137 obs. G. Durry*).

¹²⁰² Voir aussi, *Cass. com. 27 janv. 1998 : Bull. Joly 1998, p. 535, note Le Cannu, Dr sociétés 1998, comm. n° 46, obs. Vidal ; Cass. com. 28 avr. 1998 : Bull. Joly 1998, p. 808, obs. Le Cannu ; Cass. com. 20 oct. 1998, RJDA 1998, p. 636.*

litigieux¹²⁰³ ». Dans un autre arrêt plus récent (du 20 octobre 1998), la même Cour a estimé qu'une Cour d'appel « retient à bon droit que si le directeur général d'une société anonyme a commis une faute en ne vérifiant pas qu'il détenait toujours le pouvoir de consentir des cautionnements au nom de la société, cette faute n'était pas séparable de ses fonctions de directeur général et qu'il n'était ainsi pas établi que sa responsabilité personnelle était engagée¹²⁰⁴ ».

619. A partir du 20 mai 2003, la chambre commerciale de la Cour de cassation a donné des indications précises sur la notion de faute séparable des fonctions sociales, s'efforçant en quelque sorte de trouver un juste équilibre entre la nécessaire sérénité du dirigeant et les diligences que l'on est en droit d'attendre de lui. Il s'agit dans cette affaire d'une gérante qui avait trompé volontairement un fournisseur de la société en lui cédant une créance déjà cédée à un autre afin de poursuivre l'activité sociale. La Cour retient en l'espèce que « la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable des fonctions sociales ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales¹²⁰⁵ ». Selon cette décision, la faute du dirigeant doit, pour être qualifiée de séparable, satisfaire trois conditions : être intentionnelle, d'une gravité particulière et incompatible avec l'exercice des fonctions sociales¹²⁰⁶. Mais elle n'implique pas que le dirigeant ait agi dans un intérêt personnel ; il suffit qu'il commette la faute en visant la poursuite de l'activité sociale¹²⁰⁷.

¹²⁰³ Cass. com. n° 79-10.42, 8 mars 1982, *Bull. des arrêts, Cour de cassation, chambre commerciale*, n° 92, (voir aussi le commentaire de cet arrêt, Y. Guyon, *Rev. soc.* 1983. 573, 1^{re} esp.) ; 4 oct. 1988, *Rev. soc.* 1989. 213, note A. Viandier ; *RTD civ.* 1989. 86, obs. P. Jourdain et 306, obs. J. Mestre. Rapprocher : Cass. soc. 31 janv. 1980, *Bull. civ.* V, n° 102.

¹²⁰⁴ Cass. com. 96-15.418 - 20 oct. 1998 – *Bull.* 1998, IV N° 254 p. 211 ; voir aussi, Cass. com. 29 avr. 1998 : *Bull. Joly. Société* 1998, p. 888, note P. Le Cannu. Dans cette décision, la Cour a estimé que, même si les dirigeants ont commis un dol dans l'exécution d'un contrat ou ont dépassé la limite de leurs pouvoirs, leur faute ne peut être caractérisée comme « détachable » de leurs fonctions gestionnaires.

¹²⁰⁵ La Cour de cassation commente elle-même la décision dans son rapport annuel en affirmant « qu'il est acquis en jurisprudence qu'un dirigeant social n'engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers que s'il commet une faute séparable de ses fonctions. Il en est ainsi parce qu'à l'égard des tiers, la faute que commet le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions est en principe celle de la société elle-même, au nom de laquelle il agit. Mais lorsque la faute est telle qu'elle révèle que le dirigeant ne peut l'avoir commise en représentation de la personne morale, il doit en répondre personnellement ».

¹²⁰⁶ Cass. com. (RJDA 8-9/2003, n° 842, p. 747, *ibid.* p. 717, *Avis de l'avocat général à la Cour de cassation*, Viricelle ; *Bull. Joly* 2003, p. 786, note Le Nabasque ; *JCP E* 2003, p. 1398, note Hadji-Atinian ; *D.* 2003. *Jur.*, 2623, note Dondero. Plus anciennement, la Cour d'appel de Paris (CA Paris 10 sept. 1999 : *RJDA* 12/1999, n° 1345), condamna un dirigeant-associé-majoritaire pour avoir commis une faute d'une gravité particulière. Celui-ci avait décidé de modifier la dénomination, le siège et l'objet social afin de dissimuler que la société commercialisait des produits semblables à ceux d'une société cliente.

¹²⁰⁷ Cass. com. n° 02-17.729 - 07 juill. 2004. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir imputé à un dirigeant la faute séparable de ses fonctions sociales. Celui-ci avait participé de

620. En outre, jusqu'au 10 février 2009, il était question de savoir si le dirigeant agissant dans les limites de ses prérogatives pouvait néanmoins commettre une faute qualifiée de « détachable » en raison de son comportement. Depuis, un arrêt dit 'Pierre Cardin' du 10 février 2009¹²⁰⁸ indique que la faute détachable peut parfaitement être le fait des dirigeants « même agissant dans les limites de leurs attributions ». La Cour de cassation a déclaré dans cette décision que « manque de base légale au regard de l'article L. 225-251 du code de commerce l'arrêt qui, pour écarter la responsabilité des dirigeants d'une société pour faute de gestion, retient que la décision de ne pas constituer de provision particulière sur plusieurs années a été prise par le conseil d'administration et approuvée par l'assemblée générale de la société et qu'à supposer même qu'elle soit susceptible de constituer une faute à l'encontre des dirigeants de celle-ci, elle ne pourrait être considérée comme détachable de leurs fonctions, une telle décision entrant parfaitement dans le cadre de celles-ci, sans rechercher si les décisions litigieuses ne constituaient pas de la part de leurs auteurs, même agissant dans les limites de leurs attributions, des fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales » Un dirigeant qui n'a pas établi de provisions pour régler les redevances de trois contrats de licence abusivement résiliés, ni pour régler le montant des condamnations prononcées à l'encontre de la société, commet une faute détachable dont il est responsable à titre personnel.

621. Par ailleurs, dans le cadre de groupes, une question se pose souvent sur les effets

façon active et personnelle à des actes de contrefaçon dont il avait revendiqué la qualité d'initiateur, ce qui a permis d'établir leur caractère intentionnel. La Cour a ainsi affirmé que « *Attendu que la cour d'appel a constaté, sans dénaturer les conclusions déposées devant elle par M. X..., que celui-ci avait participé de façon active et personnelle aux actes dénoncés dont il a revendiqué la qualité d'initiateur ; qu'ayant ainsi fait ressortir qu'il avait intentionnellement commis des actes de contrefaçon, la cour d'appel, abstraction faite du moyen inopérant évoqué à la deuxième branche, en a exactement déduit que M. X... avait commis une faute séparable de ses fonctions engageant sa responsabilité personnelle ; que le moyen, qui ne peut être accueilli en sa deuxième branche, n'est pas fondé pour le surplus* ». Ces critères restent adoptés dans la jurisprudence jusqu'à présent. Dans un arrêt rendu le 20 sept. 2011 (CA Paris, PÔLE 02 ch. 01 - 10/03144 - 20 sept. 2011), la Cour d'appel de Paris a affirmé que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant de société à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable des ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsqu'il commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales ; qu'en revanche, il n'est pas responsable des fautes de la personne morale* ». voir aussi : Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-16.536, Bull. civ. 2006, IV, n° 61, p. 62 ; Rapp. C. cass. 2006, La documentation française, 2007, p 351 ; JurisData n° 2006.032682 ; D. 2006, p 857, obs. A. Lienhard ; JCP G 2006, I, 368 et JCP E 2006, 2035, n° 2, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; JCP E 2006, 2331, n° 14, obs. M. Cabrillac ; Bull. Joly Sociétés 2006, [§ 186], p 938, note F. -X. Lucas. - Dans le même sens antérieurement, CA Versailles, 13e ch, 22 juin 2000 : Bull. Joly Sociétés 2000, p. 1051, [§260], obs. J.-J. Daigre – D. 2000, act. jurispr. p 367, note A. Lienhard - Voir. S. Jambort, Responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des tiers pour les faits antérieurs à l'ouverture d'une procédure collective, JCP E 2003, 2834, spéc. n° 13 s.

¹²⁰⁸ Cass. com. 10 févr. 2009, n°07-20.445, Bull. 2009, IV, 21.

de la violation de l'objet social. Il n'est pas rare en effet qu'une société mère gérante d'une filiale conclut au nom de celle-ci des contrats avec d'autres sociétés du groupe, contraires à l'objet social de la filiale. Par exemple, la filiale exerce une activité industrielle et sa mère gérante prête à une autre filiale déficitaire une partie de ses réserves. On peut se demander si la société mère gérante peut le cas échéant être imputée d'une faute détachable de ses fonctions.

Cette question n'est pas traitée de manière identique dans les droits français et libyen. Dans le premier, il importe d'opérer une distinction selon que la filiale contractante est une société à risque limité ou une société à risque illimité. Dans la première hypothèse¹²⁰⁹, la filiale est engagée par les actes de sa mère, même s'ils ne relèvent pas de son objet social. Les sanctions sont uniquement d'ordre interne. Cet engagement nécessite cependant que le tiers cocontractant soit de bonne foi, ignorant que l'acte conclu ne s'inscrivait pas dans les limites assignées à l'objet social¹²¹⁰. A défaut, il n'a vocation qu'à se retourner contre la société mère dirigeante. A cet égard, la précédente question ne se pose que lorsqu'il s'agit d'un tiers de bonne foi. La réponse est ici d'une importance majeure, car lorsqu'il s'agit d'une faute séparable des fonctions sociales le tiers victime peut se retourner à la fois contre la filiale contractante et contre la société mère dirigeante. La Chambre commerciale de la Cour de cassation¹²¹¹ a précisé dans un arrêt rendu en 2010 que le gérant d'une SARL commettait une faute intentionnelle d'une particulière gravité lorsqu'il avait accepté que la société exécute des travaux n'entrant pas dans l'objet social et lorsqu'il n'avait pas souscrit l'assurance obligatoire adéquate. Dans cette affaire, l'objet de la SARL était la création et l'entretien de jardins et d'espaces verts ; le gérant l'avait dépassé en réalisant des travaux à l'extérieur, faisant appel à des techniques de bâtiment, en omettant de souscrire une assurance. La décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation, confirmant l'arrêt rendu par les juges du fond¹²¹², a décidé que « le gérant d'une SARL commet une faute intentionnelle d'une particulière gravité lorsqu'il accepte que la société exécute des travaux n'entrant pas dans l'objet social et lorsqu'il n'a pas souscrit l'assurance obligatoire adéquate. Le dépassement de l'objet social constitue un élément contribuant à la

1209 Cette règle ne vaut pour une filiale représentée directement par sa mère que si elle revêt la forme d'une SARL, d'une SAS ou d'une SCA. S'agissant cependant de la filiale SA, l'hypothèse qu'elle soit représentée directement par sa mère est complètement exclue, car la qualité de directeur général ou de président du conseil d'administration de cette forme sociale est, en droit français, exclusivement réservée aux personnes physiques.

1210 La loi précise du reste que la seule publication des statuts ne suffit pas à établir la mauvaise foi du tiers.

1211 *Cass. com. 18 mai 2010, n°09-66172 (JCPE n°37 Sept. 2010).*

1212 *CA. Reims, 10 févr. 2009.*

caractérisation de la faute séparable».

622. L'objectif recherché ici est donc d'engager la responsabilité du dirigeant qui contrecarre l'objet social, engendrant un préjudice à des tiers. Le seul dépassement de cet objet caractérise selon les termes de cet arrêt une faute détachable des fonctions sociales dans la mesure où il contrevient à l'exercice normal de ces fonctions¹²¹³. Selon nous, cette jurisprudence paraît logique et adéquate : logique puisque le représentant qui outrepassé l'objet social commet une faute intentionnelle ou, tout du moins, une faute d'une particulière gravité non compatible avec l'exercice de ses fonctions. Elle est pertinente pour les créanciers des sociétés affiliées d'un groupe qui, face à la tendance de la société mère à avantager certaines filiales au détriment d'autres, pourraient engager la responsabilité de celle-ci.

623. En outre, lorsqu'il s'agit d'une filiale à risque illimité, pareille sécurité juridique du tiers ne se retrouve pas, car la société mère dirigeante n'engage cette filiale que par les actes relevant de son objet social. Les actes dépassant cet objet, inopposables à celle-ci, le tiers se doit d'être prudent et de vérifier les contours de l'objet de la filiale avant de passer son contrat avec elle. À défaut, le tiers éconduit pourra tenter d'engager la responsabilité de la société-mère dirigeante.

624. En revanche, se référant au droit libyen, la question ne pose pas de difficulté particulière, car selon le Code de commerce, l'immatriculation des statuts en registre du commerce et des sociétés entraîne présomption irréfragable de la connaissance des tiers de toutes les informations publiées. En effet, aux termes de l'article 489, intitulé "portée d'immatriculation" – applicable à toutes les actions commerciales accomplies par des personnes physiques ou morales¹²¹⁴ –, « les tiers ne peuvent se prévaloir de leur ignorance des actes publiés en registre du commerce et des sociétés, dont la loi impose l'immatriculation ». Parmi les actes concernés par l'immatriculation se trouve une copie des statuts (C. com. art. 491). De ce fait, une fois l'objet de la filiale publié, le tiers ne peut

¹²¹³ Voir en ce sens, B. Dondero, *faute séparable des fonctions : culpa lata dolo non aequiparatur ?* Note sous Cour de cassation (com.) 31 janv. 2012, F-D, n° 11-14.154, Prez c/ Amaro Figueiredo, rev. Soc. 2012, p.408 : « le gérant qui signe un contrat que sa société n'a pas le droit de conclure, parce qu'il viole une interdiction légale, constitue un acte de contrefaçon, etc. commet une faute, et peut-être une faute séparable de ses fonctions. Le fait que le contrat soit conclu hors de l'objet social constitue également un indice de l'existence d'une telle faute »

¹²¹⁴ Cette règle a été reprise par l'article 57 du même Code pour s'appliquer à la SNC et SCS : « Excepté ce que les statuts ou le mandat social lui interdisent expressément, le représentant de la société peut effectuer tout ce qui relève de l'objet social. Ces exceptions ne sont néanmoins pas opposables au tiers tant qu'ils ne sont pas immatriculés en registre du commerce et des sociétés ou qu'il n'était pas prouvé que ce tiers en avait connaissance ».

poursuivre que la société mère dirigeante, en s'appuyant sur sa faute de gestion dont le caractère détachable des fonctions sociales ne présente aucune exigence dans la jurisprudence libyenne.

625. Par ailleurs, on peut se demander enfin si la commission d'une infraction pénale par le dirigeant constitue en toute hypothèse une faute détachable de l'exercice des fonctions sociales. Une société mère dirigeante, violant une disposition pénale (par exemple : défaut de souscription d'une assurance obligatoire de responsabilité, concurrence déloyale, infraction aux règlements environnementaux ou fiscaux, etc.), doit-elle le cas échéant réparer les dommages causés au tiers par cette infraction ?

La jurisprudence inhérente à cette question ne semble pas unanime : des réponses divergentes ont été apportées en la matière. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation est hostile à la notion de faute séparable. La responsabilité civile du dirigeant social coupable d'une infraction pénale paraît aller de soi¹²¹⁵. La chambre commerciale a posé en 2010 un principe selon lequel « le gérant d'une SARL qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales engage sa responsabilité à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice¹²¹⁶ ». Selon cette décision, il n'y aura pas lieu à tergiverser sur la gravité de la faute commise : une qualification pénale appropriée suffira à caractériser la faute détachable des fonctions¹²¹⁷.

Cependant, dans un autre arrêt plus récent, la même chambre criminelle¹²¹⁸ a relaxé un dirigeant de sa responsabilité civile fondée sur la faute séparable des fonctions sociales tout en retenant sa responsabilité pénale émanant de ses actes déloyaux et d'une contrefaçon. Elle a précisé en ce sens qu'« alors que l'agent d'un service public n'est personnellement responsable des conséquences dommageables de l'acte délictueux qu'il a commis que si celui-ci constitue une faute détachable des fonctions ; que la faute pénale n'est pas nécessairement détachable des fonctions ; que l'arrêt attaqué, qui a déduit de la seule

¹²¹⁵ Cass. crim. 14 oct. 1991, Rev. Soc. 1992, p.782, note Bouloc; 14 déc. 1999, Consorts Mitterand, Bull. Joly 2000, p.736, JCP 2000, 2, 10241, concl. Petit, RTD Civ. 2000, 342, obs. Jourdain; voir aussi sur cet arrêt, B Dondero, *L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociales*, Note sous Cour de cassation (com.) 28 septembre 2010, FS-P+B+R+I, n° 09-66.255, Douin c/ Jarosz, Rev. soc. 2011, p. 97.

¹²¹⁶ Cass. com., 28 sept. 2010, JCP E 2010, 1177, note C. Benoît-Renaudin.

¹²¹⁷ B. Dondero, *L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociale*, note sous Cour de cassation (com.) 28 septembre 2010, FS-P+B+R+I, n° 09-66.255, Douin c/ Jarosz, Rev. soc. 2011, p. 97.

¹²¹⁸ Cass. crim. n° 09-88.627 - 15 mars 2011.

reconnaissance de culpabilité pénale du prévenu que ses fautes engageaient sa responsabilité personnelle, a violé les textes visés au moyen ; alors que la faute détachable du service est la faute d'une particulière gravité, commise volontairement et intentionnellement, sans rapport avec les nécessités de l'exercice des fonctions, qui procède d'un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique ; qu'en se bornant à relever que la faute imputée au prévenu ne pouvait se rattacher à un exercice normal des fonctions, l'arrêt attaqué n'a pas caractérisé la faute détachable du service de sorte qu'il est privé de toute base légale».

626. En résumé, l'exigence jurisprudentielle *contra legem* d'une faute détachable des fonctions sociales ne semble guère compatible avec la protection des créanciers des sociétés membres d'un groupe. Elle constitue un frein majeur au développement de la responsabilité de la société mère dirigeante à l'égard du tiers. Comme *M. Germain* l'a souligné, cette jurisprudence se prête à la critique « pour la raison qu'elle octroie aux dirigeants une immunité relative alors que l'art. L. 225-251 Co. énonce que les administrateurs et le directeur général sont responsables envers les tiers, sans exiger une qualification particulière de leur faute ». On constate néanmoins que le champ d'application de cette notion a été notablement élargi par la jurisprudence. La faute séparable des fonctions sociales peut aujourd'hui être imputée aux dirigeants agissant dans le respect de leurs attributions, encore qu'elle peut relever de la violation de l'objet social.

II- La faute civile consécutive à une infraction pénale

627. L'acte conclu par le dirigeant peut constituer une infraction pénale : un abus de biens sociaux, une contrefaçon, une fraude, une banqueroute, une concurrence déloyale, une présentation ou publication des comptes non-fidèles, etc. Selon le Code de procédure pénale, les tiers sont en droit de se constituer partie civile pour exercer leur action devant le tribunal répressif. Mais en application du deuxième article de ce Code, seul le préjudice personnel et direct causé par l'infraction permet de demander au juge répressif la réparation du dommage. Ainsi, si le préjudice invoqué par le tiers est dépourvu de tout caractère direct, l'action civile intentée contre le dirigeant ne peut être concevable. Par exemple, les associés d'une filiale ne peuvent réclamer à la société grand-mère la réparation d'un préjudice individuel consécutif à la dépréciation de leurs titres, causée par ses agissements délictueux dommageables au groupe. Cette dépréciation ne résulte pas directement des actes frauduleux de la société grand-mère, mais plutôt des conséquences de ces actes sur le

patrimoine de la filiale, consistant en l'aggravation du passif social¹²¹⁹. De même, selon la Cour de cassation, un comité d'entreprise¹²²⁰ ou un syndicat¹²²¹ ne peut se constituer partie civile pour demander aux dirigeants la réparation du dommage causé par leur faute pénale.

628. Dès lors, on se demande donc dans quelle mesure le préjudice peut être considéré comme direct. La réponse à cette question revêt pour les créanciers de la filiale un intérêt particulier, car la jurisprudence pénale ne retient pas la distinction entre la faute détachable et la faute de gestion en matière pénale¹²²². Lorsqu'elle constate l'absence du caractère direct du préjudice invoqué, elle invite seulement les demandeurs à présenter leur action à la juridiction civile qui doit opérer une recherche sur cette question.

Toutefois, les infractions qui peuvent être imputées à la société mère dirigeante ou gérante sont variées selon leur nature : certaines constituent une violation commise contre la société filiale elle-même, attributive des dommages subis par le tiers ; d'autres sont préjudiciables aux tiers directement.

A- Infractions commises par la société mère contre sa filiale

629. Une société mère peut commettre dans la direction de sa filiale deux types d'infractions : pécuniaires et non-pécuniaires. Des violations légales ou statutaires portent leurs effets préjudiciables directement sur le patrimoine social de la filiale. La société mère entend en l'occurrence privilégier son intérêt personnel ou celui du groupe au détriment de l'intérêt social de sa filiale. Le délit le plus souvent constaté en matière de groupe de sociétés est celui d'abus de biens sociaux, de crédit ou de pouvoirs. Comme nous l'avons expliqué dans le premier titre, l'abus de biens sociaux s'entend de l'emploi par le dirigeant du patrimoine social pour satisfaire des intérêts personnels contraires à l'intérêt social. Comme ce délit peut être imputé à une société mère dirigeante, la question est de savoir si les créanciers de cette filiale peuvent se constituer partie civile pour réclamer à la société mère la réparation de leur dommage.

La réponse ne semble pas rencontrer l'unanimité dans la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation a recherché différentes solutions en fonction de la position que les

1219 Voir en ce sens : G-A. Likillimba, *Le préjudice individuel ou collectif en droit des groupements*, 16 mars 2009, *RTD com.* 2009, p.1.

1220 *Cass. crim.* 4 nov. 1988: *Bull. crim.*, n°373.

1221 *Cass. crim.* 23 févr. 2005: *RJDA*, 8-9/05, n°992.

¹²²² *Cass. crim.* 14 oct. 1991, *Rev. Soc.* 1992, p.782, note Bouloc; 14 déc. 1999, *Consorts Mitterand*, *Bull. Joly* 2000, p.736, *JCP* 2000, 2, 10241, concl. Petit, *RTD Civ.* 2000, 342, obs. Jourdain ; voir aussi, B Dondero, *L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociales*, *op. cit.*, p. 97.

créanciers occupent à l'égard de la société victime d'abus. Dans un arrêt daté du 6 février 1996, elle¹²²³ a clairement admis la constitution de partie civile de l'actionnaire d'une société mère à l'encontre des dirigeants d'une filiale, poursuivis pour abus de biens sociaux commis au préjudice de la filiale. Les actionnaires de la société mère ne sont pas actionnaires ou associés dans la filiale, mais plutôt créanciers par leurs investissements indirects dans son capital. Malgré cela, la Cour de cassation a considéré que le préjudice ressenti par eux, consistant en leurs pertes dans la filiale, est directement constitutif de l'infraction d'abus de biens sociaux commise par les dirigeants de cette dernière.

630. En revanche, la même Cour dénia dans d'autres décisions aux créanciers le droit de se constituer partie civile contre des dirigeants ayant commis le délit d'abus de biens sociaux, considérant leur préjudice comme indirectement issu de ce délit. Dans un arrêt rendu le 28 février 2006, elle¹²²⁴ a approuvé une Cour d'appel pour avoir rejeté une demande de constitution de partie civile présentée par l'État contre les dirigeants d'une société commettant le délit d'abus, à qui celui-ci a versé des aides, puisque le préjudice ressenti par ce dernier n'est pas à l'origine direct du délit commis. La Cour a ainsi déclaré que « ne peut qu'être indirect le préjudice causé à l'État ayant versé des aides à une société dont les dirigeants sont poursuivis pour avoir abusé des biens de ladite société. L'agent judiciaire du Trésor ne figure pas au nombre des personnes que l'article L. 654-17 du Code de commerce autorise seules à se constituer partie civile du chef de banqueroute. La chambre de l'instruction justifie dès lors sa décision qui confirme l'ordonnance du juge d'instruction ayant déclaré irrecevable la constitution de partie civile de l'agent judiciaire du Trésor dans une information ouverte des chefs précités ». Dans une autre affaire plus ancienne¹²²⁵, la même Cour a énoncé que « le délit d'abus de biens sociaux - comme le délit de banqueroute - n'est susceptible de causer aux créanciers qu'un préjudice qui, à le supposer établi, est indirect et donc la réparation ne peut dès lors être demandée qu'aux juridictions civiles ».

631. L'enjeu de cette décision consiste en ce qu'elle renvoie les créanciers partie civile à la juridiction civile. Or celle-ci exige, comme nous l'avons constaté, que le délit commis par le dirigeant soit constitutif d'une faute détachable des fonctions sociales : les créanciers d'une filiale victime encourent le risque de se voir débouter de leur demande si la

¹²²³ Cass. crim. 6 févr. 1996 : JCP E 1996, II, 837, obs. J-F. Renucci et O. Meyer.

¹²²⁴ Cass. crim. 05-83.461 - 28 févr. 2006, Bull. crim. 2006 N° 55 p. 213.

¹²²⁵ Cass. crim., n°93-83.933, 30 mai 1994.

juridiction civile estime que la faute reprochée à la société mère dirigeante n'a pas de caractère détachable des fonctions sociales.

B- Infractions commises par la société mère contre les tiers

632. Ces infractions, plutôt d'ordre non pécuniaires, font sentir leurs effets néfastes directement à l'encontre des tiers, soit parce qu'elles donnent une image irréaliste de la situation financière de la filiale, soit parce qu'elles heurtent les droits ou les intérêts légitimes des tiers. La responsabilité pénale de la société mère dirigeante dans les deux hypothèses engendre la responsabilité civile de cette société à l'égard des tiers victimes. Elle résulte de toute infraction induisant ses conséquences directement sur les tiers victimes et non seulement sur la filiale. Le dommage que ceux-ci ressentent ne découle donc pas des conséquences de l'agissement actif ou passif du dirigeant, mais *a fortiori* de cet agissement lui-même.

633. L'exemple le plus connu porte sur le délit de présentation ou publication de comptes infidèles. Nombreux sont les créanciers qui peuvent être affectés par ces comportements, ainsi : le repreneur de la filiale ou l'acquéreur des titres en général, les fournisseurs, l'assureur, le cédant de technologie, les banques prêteuses et, plus généralement, les clients. Pour le repreneur de la filiale, devenu actionnaire majoritaire, le préjudice qu'il subit ne provient pas de la mauvaise situation financière de la filiale, mais *a priori* de l'action consistant à donner des fausses informations sur le patrimoine social¹²²⁶. Idem pour le fournisseur de matières premières qui s'engage à l'encontre de la filiale en faisant confiance aux faux bilans présentés et publiés par la société mère dirigeante. Dans un arrêt récent¹²²⁷, la Cour de cassation a reproché à la Cour d'appel de Bordeaux d'avoir déclaré irrecevable la constitution de partie civile d'une société (*Bretèche Ouest*) contre deux dirigeants d'une autre société (*Groupe X...*) du chef de présentation de faux bilans. La première s'est engagée à fournir à cette dernière des carburants et des lubrifiants pendant l'année 2004 et jusqu'au 1^{er} trimestre 2005, en exécution d'une convention du 1^{er} septembre 2001. Selon le Cour de Bordeaux : « ce n'est pas la présentation des faux bilans positifs qui a déterminé la société *Bretèche Ouest* à continuer à livrer du carburant à la société *Groupe*

1226 Voir, B. Bouloc, *Comptes infidèles, informations fausses, informations privilégiées et action civile, note sous cassation (crim.)*, 29 nov. 2000, *Rev. soc.* 2001, p.380 : « En l'absence de dispositions particulières, il est certain que le délit de présentation ou de publication d'un bilan non fidèle peut ouvrir droit à réparation pour tous ceux qui établiront avoir subi un préjudice de cette publication ou présentation. Il leur suffira de démontrer qu'ils ont agi en raison de la publication du bilan. Ainsi, celui qui acquiert des titres par suite des bons résultats affichés peut chercher à obtenir réparation ».

1227 Cass. crim. 16 juin 2011, n°10-81.744.

X... (en cause) distribution, puisqu'étant depuis de longues années en relation d'affaires avec elle, elle connaissait des difficultés de trésorerie, difficultés grandissantes contre lesquelles elle croyait se prémunir par la conclusions de divers accords ci-dessus rappelés ; qu'en conséquence, le jugement déferé sera réformé de ce chef et la société *Bretèche* sera déboutée des demandes de condamnation solidaire qu'elle formulait contre les consorts X... pris en leur qualité d'auteur et complice de cette présentation de faux bilans ».

634. Cela signifie que la Cour d'appel a considéré que le délit de falsification des bilans sociaux commis par les dirigeants n'était pas à l'origine du dommage ressenti par la société *Bretèche Ouest*. Ce dommage était *a priori* engendré par la décision de celle-ci de contracter avec une société qu'elle savait en difficulté financière. Or, la Cour de cassation a désapprouvé ces raisonnements car, en vertu de l'article 2 du Code de procédure pénale, l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit, une contravention appartient à ceux qui ont personnellement souffert du dommage direct causé par l'infraction. Selon elle, le délit de falsification des bilans d'une société provoque un préjudice direct à un créancier dans le cas où celui-ci n'aurait pas contracté avec ladite société s'il avait connu sa véritable situation financière. Ainsi, déclare-t-elle en ce sens que « la partie civile est recevable à agir pour tous les chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux qui découleraient des faits objets de la poursuite ; qu'en confiant à l'expert le soin de chiffrer le montant des créances fictives et le préjudice résiduel, la cour d'appel qui ne permet pas à l'expert de se prononcer sur le fait que les fausses factures ont pu conduire la société *Bretèche* à continuer ses relations contractuelles, malgré une situation obérée de la société qui lui avait été dissimulée, la cour d'appel méconnaît l'article 3 du code de procédure pénale ».

Cette solution semble applicable de la même manière à la présentation et à la publication de comptes consolidés mensongers. En effet, comme nous l'avons vu plus haut¹²²⁸, l'article L. 233-16 du Code de commerce français impose aux sociétés commerciales qui contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises, ou qui exercent une influence notable sur celles-ci, une obligation d'établissement et de publication des comptes consolidés¹²²⁹. Le droit libyen lui-aussi régit

1228 Voir, n° 55.

1229 La technique de la consolidation est apparue à la fin du XIX^{ème} siècle aux Etats-Unis. Elle est devenue obligatoire pour les sociétés cotées au *NYSE* (*NEW YORK STOCK EXCHANGE*) après la crise financière de 1929. Ce système permet en pratique d'avoir une image globale d'un groupe de sociétés, laquelle donne vocation à celui-ci à présenter à ses actionnaires des comptes sincères fondés sur des données financières

brièvement ce devoir par l'article 240 du Code de commerce relatif à la société holding. Il impose au conseil d'administration de celle-ci l'obligation d'établir chaque année un bilan consolidé ainsi qu'un rapport sur les bénéfices, les pertes et les flux financiers afférents à cette société et ses filiales afin de les ratifier par l'assemblée générale ordinaire. L'enjeu est de garantir la transparence dans les sociétés contrôlées et contrôleuses et de faire preuve de la situation économique et financière réelle de ces sociétés, situation qui ne peut être considérée saine qu'au regard de la position économique et financière du groupe en entier.

Il est envisageable que les membres du directoire, du conseil d'administration ou les gérants de la société mère présentent et publient des comptes consolidés inexacts (faux ou trompeurs) sur la situation financière des sociétés du groupe. Aux termes de l'article L. 247-1-II du Code de commerce français « sont punis d'une amende de 9000 € le fait pour les présidents, les membres du directoire, du conseil d'administration ou les gérants des sociétés tenus d'établir des comptes consolidés, qui ne les auront pas établis ou adressés aux actionnaires ou associés ». Selon *M. Cozian* et ses coauteurs¹²³⁰, l'infraction de publication ou de présentation de comptes infidèles ne s'applique pas aux comptes consolidés, « mais la présentation de comptes consolidés mensongers peut déboucher sur une condamnation pour escroquerie ; de plus, lorsqu'il s'agit de sociétés cotées, le délit de fausse information peut s'appliquer à de tels mensonges comptables».

635. Peu importe le texte pénal applicable, la juridiction du fond et la Cour de cassation reconnaissent aux créanciers des sociétés membres d'un groupe le droit de se constituer partie civile contre les dirigeants contrevenant à l'obligation de présentation et publication de comptes consolidés. Dans un arrêt rendu le 29 novembre 2000, la Cour de cassation¹²³¹ s'est prononcée sur des agissements accomplis entre 1988 et 1992, au sein d'un établissement de crédit spécialisé dans des opérations concernant l'immobilier. Cet établissement a connu de graves difficultés en liaison avec la crise de ce secteur au moment de la première guerre du Golfe. Afin de ne pas montrer une situation trop catastrophique, les comptes d'une filiale n'ont pas fait apparaître de provisions, ce qui a faussé le bilan de

intégrées. Ce système entra en droit français en 1966 par l'article 229 de la loi n° 537 qui confère aux commissaires aux comptes de la société mère le droit de contrôler les bilans et les comptes réalisés par les conseils d'administrations des sociétés filiales.

Toutefois, consolider les comptes consiste à inclure tout ou partie de l'actif et du passif des filiales «sociétés consolidées» dans les comptes de la société mère « en tête du groupe». Les comptes consolidés font apparaître le patrimoine, la situation financière et les résultats de l'ensemble consolidé comme s'il s'agissait d'une seule entreprise. Voir *S-T Mercier, La consolidation, édition des CCI de Wallonie s.a. 2005 p.8.*

1230 Voir *M. Cozian et alter, op. cit., n°1502, p.765.*

1231 *Cass. crim. 29 nov. 2000, note. B. Bouloc, Rev. soc. 2000, p.380.*

cette société mais aussi celui de la société mère. Ainsi, les juges du fond avaient retenu le délit de présentation et de publication de comptes infidèles contre le président de la filiale et contre le président de l'établissement financier spécialisé. Ils avaient par conséquent accordé aux différentes parties civiles, qui avaient acquis des actions sur la base d'indications erronées, le droit de se retourner contre ces deux présidents afin d'obtenir des réparations des dommages qu'elles ont subis en raison de cette infraction¹²³². En ce sens la Cour a réaffirmé « qu'en évaluant comme elle l'a fait la réparation du préjudice résultant directement pour les actionnaires du CDE (la société-mère) des faits de présentation ou publication de comptes infidèles et de complicité, dont elle a déclaré J.-J. Pi... (Président du CDE) et M. Ré... respectivement coupables, la Cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation, dans la limite des conclusions des parties, de l'indemnité propre à réparer le dommage né de l'infraction »

En d'autres termes, les juges du fond, soutenus par la Cour de cassation, ont considéré le préjudice ressenti par les parties civiles comme directement dû à l'infraction de présentation et publication de comptes consolidés infidèles. Cette jurisprudence présente un intérêt évident pour les créanciers des sociétés membres des groupes, car ceux-ci évitent d'intenter leur action devant la juridiction civile et d'encourir du coup le risque de qualifier l'infraction commise par les dirigeants de «faute détachable des fonctions sociales».

636. Par ailleurs, il peut arriver dans le cadre de groupes que la société mère dirigeante de sa filiale procède à la délégation de ses attributions à une autre personne. La jurisprudence française est depuis longtemps favorable à l'exonération du dirigeant délégué de sa responsabilité pénale¹²³³. Mais la délégation de pouvoir n'exclut pas la responsabilité civile de celui-ci, qui reste engagée si une faute détachable des fonctions sociales a été constatée à l'encontre du dirigeant délégué. Une société-mère dirigeante qui confie à ses salariés ou dirigeants une délégation de pouvoir en vue d'exercer la direction de ses filiales françaises ou étrangères n'est pas en mesure de se prévaloir de son exonération pénale pour échapper à la responsabilité civile. Mais pour saisir cette responsabilité, le créancier victime d'une faute commise par le délégataire doit établir que

1232 Voir le commentaire de cette affaire : B. Bouloc, *Comptes infidèles, informations fausses, informations privilégiées et action civile*, note sous cassation (crim.), 29 nov. 2000, *Rev. soc.* 2001, p.380.

1233 L'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 11 mars 1993 énonce : « Sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires. »

cette faute est séparable de l'exercice des fonctions sociales du délégataire ; condition qu'on ne trouve pas lorsqu'il s'agit d'une filiale soumise à une procédure collective.

Sous-section II : La société-mère dirigeante d'une filiale en difficulté

637. En droit français, la filiale en difficulté s'entend de celle mise en liquidation judiciaire. Depuis l'ordonnance du 18 septembre 2008, les dirigeants ne peuvent être poursuivis en comblement de passif qu'en cas de liquidation judiciaire prononcée à l'encontre de la société qui ferait apparaître une insuffisance d'actif (C. com. art. L.651-2)¹²³⁴. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement pendant la période d'observation, ne permet pas d'intenter cette action¹²³⁵. La liquidation de la filiale peut désormais déboucher pour les dirigeants sur deux types de responsabilité : l'un est dû à l'action en comblement de passif et l'autre provient du régime de la faillite personnelle¹²³⁶.

638. Cependant, la société en difficulté, objet de l'action en comblement de passif, traduit en droit libyen deux notions : une société dont l'actif disponible ne recouvre pas le passif exigible et une société mise en faillite. Selon l'article 185 du Code de commerce, relatif à la responsabilité des dirigeants de la société anonyme en difficulté, dispose que « le président et les membres du conseil d'administration sont tenus pour responsables à l'égard des créanciers de la société, de toute inobservation de leurs devoirs relatifs à la

¹²³⁴ Ph. Roussel Galle, *Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ?*, Rev. proc. coll. n°3, mai 2012, dossier 17 : « L'action en comblement de passif est devenue l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, mais depuis 2008 elle n'est plus applicable en cas de résolution du plan mais seulement en liquidation judiciaire. La portée de cette innovation doit toutefois être nuancée puisque bien souvent la résolution du plan aboutit à la liquidation judiciaire. De même, depuis 2008, le tribunal ne peut plus décider de mettre à la charge du dirigeant les dettes de la personne morale mais seulement l'insuffisance d'actif. Là encore, sans minimiser la portée de cette modification, elle doit être nuancée puisque généralement les condamnations ne dépassaient pas le montant de l'insuffisance d'actif ».

¹²³⁵ « Depuis la loi n°2012, du 22 mars 2012, un nouvel article L. 631-10,1, créé par la loi du 22 mars 2012 autorise l'administrateur ou le mandataire judiciaire à introduire à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait de la société en redressement judiciaire une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur pour ensuite solliciter une mesure conservatoire sur les biens de ceux-ci. Les mesures ordonnées lors de la procédure de redressement peuvent être maintenues si la procédure de redressement est convertie en procédure de liquidation (C. com, art. L. 651-4, al.2) ». J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, sous la direction de Ph. Roussel Galle, LexisNexis, 2012, droit 360°, n°1671, p.753. L'article L. 631-10,1 du Code de commerce prévoit qu' « À la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur ».

¹²³⁶ Voir encore, JurisClasseur Commercial > Fasc. 3160 : sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Associations > I. - Règles communes à toutes les associations > B. - Effets de la procédure sur les membres de l'association > 2° Élargissement des sanctions réservées aux dirigeants d'association : « L'action en comblement d'insuffisance d'actif, baptisée en 2005 action en responsabilité pour insuffisance d'actif, exige une triple preuve : celle de l'insuffisance d'actif, celle d'une faute de gestion et enfin celle d'un lien de causalité ».

sauvegarde de l'intégralité de l'actif social. Les créanciers ont le droit d'intenter une action en responsabilité lorsque l'actif social disponible est inférieur au passif exigible ou si la société est en faillite. Dans ce dernier cas, l'action doit être présentée par le liquidateur judiciaire. Les créanciers maintiennent leur droit d'actionner le président et les membres du conseil d'administration même si la société les a exonérés de responsabilité ou s'est arrangée avec eux». De plus, selon l'article 20 du même Code, applicable à toutes les sociétés civiles et commerciales, «si l'insuffisance d'actifs résulte des lourdes fautes de gestion, les dirigeants répondent des dettes sociales en totalité ou en partie, chacun selon sa participation dans ces fautes ». Ce texte n'exige pas pour poursuivre les dirigeants sociaux ayant commis une faute de gestion, que la société soit en faillite ou soumise à une procédure quelconque.

De ce fait, il convient d'étudier dans un premier temps l'action en comblement de passif, et d'aborder par la suite la faillite personnelle des dirigeants, liée en droit français à l'ouverture d'une procédure collective de liquidation.

I- L'action en comblement de passif

639. Les dirigeants de la filiale ne peuvent être tenus en comblement du passif de cette dernière que s'ils ont commis des fautes de gestion attributives d'une insuffisance d'actif (C. com. fr. art. L.651-2, al.1¹²³⁷) et (C. com. lib. art. 20 et 185). Ce moyen de recours constitue en effet une action en responsabilité civile qui, selon la jurisprudence en vigueur, ne peut pas se cumuler avec une action en responsabilité civile de droit commun¹²³⁸. Il en résulte qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective seule cette action peut être engagée, mais non pas celle fondée sur l'article L. 225-251 du Code de commerce¹²³⁹.

Toutefois, trois conditions doivent être remplies pour la mise en cause des dirigeants sociaux, à savoir : une faute de gestion, un préjudice dû à l'insuffisance d'actif de la filiale et un lien de causalité entre ces deux éléments. Une fois ces conditions réunies, les dirigeants doivent subir les différentes conséquences liées à l'action en comblement de

¹²³⁷ Cass. com. 10-28.067, 10 janv. 2012 : « la responsabilité des dirigeants en raison de l'insuffisance d'actif d'une société n'est pas présumée et ne peut être engagée que si le demandeur rapporte la preuve d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif ».

¹²³⁸ Rép. min. n° 25638 : JO Sénat Q, 6 févr. 1986, p. 223 ; Rapp. Hyest, Sénat, n° 335, p. 439 ; Rapp. de Roux, Assemblée nationale, n° 2095, p. 428.

¹²³⁹ Voir en ce sens : Cass. com. 28 févr. 1995 : Bull. civ. 1995, IV, n° 60, p. 57 ; JCP E 1995, I 487, n° 15, obs. M. Cabrillac et P. Pétel ; D. 1995, jurispr. p. 390, note F. Derrida. - Cass. com. 11 avr. 1995 : Bull. Joly 1995, p. 684. - J.-J. Daigre, Une évolution jurisprudentielle bienvenue : Bull. Joly 1995, p. 953. - B. Soinne, La responsabilité des dirigeants d'une personne morale en cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire : une évolution préoccupante : LPA 2 août 1995, p. 10.

passif.

A- Les conditions de l'action en comblement de passif

640. Pour pouvoir assigner les dirigeants de la filiale en liquidation judiciaire par l'action en comblement de passif, le créancier de celle-ci doit établir les éléments constitutifs de leur responsabilité civile, à savoir : la commission d'une faute de gestion contribuant à l'insuffisance d'actif de la filiale.

1- La faute de gestion commise par la société mère dirigeante

641. La faute de gestion entendue en matière d'action en comblement de passif se distingue de la faute détachable des fonctions sociales précédemment étudiée. La différence provient en effet tant de la situation économique et financière de la filiale dirigée que des circonstances dans lesquelles ces dirigeants exercent leurs fonctions de gestion. Alors que la jurisprudence voulait depuis longtemps protéger les dirigeants des sociétés *in bonis* afin de leur procurer une certaine marge de liberté dans l'exercice de leurs fonctions, elle a appréhendé la notion de faute de gestion d'une manière suffisamment souple lorsqu'il s'agit d'une société en difficulté. Elle n'exige pas en l'occurrence que la faute commise soit intentionnelle ou d'une gravité particulière, mais tout manquement à la direction normale de la société, même légère, peut justifier l'action en comblement de passif.

642. Une question complexe préalable relève néanmoins de la notion de faute de gestion que les législateurs français et libyen n'ont pas donné précision, même s'ils l'ont retenue pour sa signification générale (C. com. fr. art L 651-2). Dans cette absence de définition, on s'interroge sur deux points : la notion de faute de gestion dans la doctrine et la jurisprudence, et la preuve de cette faute.

a) La notion de faute de gestion

643. Les dirigeants ont pour obligation de gérer la société de façon compétente, diligente et dans le respect de l'intérêt social, en écartant tout intérêt personnel. Toute faute même légère, toute imprudence ou négligence peut entraîner la mise en cause de leur responsabilité¹²⁴⁰. Les interprétations de la jurisprudence permettent de relever que la faute

¹²⁴⁰ Voir J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, sous la direction de P. Roussel Galle, LexisNexis, 2012, droit 360°, n°1671, p.753 : « lors des travaux préparatoires de la loi de 1985, le Sénat avait proposé de ne retenir que la faute grave du dirigeant. Mais cet amendement a été repoussé. On peut en déduire que toute faute constitue une faute de gestion, y compris la faute

de gestion est constituée par toute action ou omission commise par un dirigeant d'une société, qui peut s'analyser comme une erreur dans la direction de cette société, une imprudence, une négligence ou une transgression des obligations légales ou des dispositions statutaires¹²⁴¹. La faute de gestion peut dès lors se ramener à une simple négligence de l'intérêt social en faveur de celui personnel des dirigeants ou de celui particulier d'autres sociétés membres du groupe. La justification du délit d'abus de biens sociaux par la notion d'intérêt de groupe n'exonère pas les dirigeants d'une société membre de ce groupe de leur responsabilité civile. Une société mère administratrice ou gérante de sa filiale ne saurait pas échapper à l'action en comblement de passif même si elle prouve que son comportement était motivé par la sauvegarde du groupe. Ainsi, ont été condamnés au comblement de passif, le président du conseil d'administration et trois administrateurs d'une filiale SA d'une holding qui, également administrateurs de la holding, ont fait prévaloir l'intérêt d'une autre société du groupe sur celui de la SA¹²⁴². De même, ont été jugés fautifs les dirigeants d'une filiale (SA) qui étaient imprudents dans leur gestion et qui poursuivaient le développement de cette SA en particulier par le biais de prêts octroyés aux autres sociétés du groupe, dont certains paraissaient non causés¹²⁴³. Une société mère a été également condamnée à combler le passif de sa filiale car elle avait fait interrompre la fabrication du principal produit de cette dernière sans prévoir de produit de substitution, tout en lui apportant un soutien financier massif¹²⁴⁴.

644. A ce propos, on se demande si l'existence d'une convention de trésorerie entre les différentes sociétés du groupe permet aux dirigeants d'une filiale de passer des actes de trésorerie au profit de sa mère ou d'autres sociétés du groupe¹²⁴⁵. En d'autres mots, peut-on caractériser l'existence d'une faute de gestion commise par les dirigeants d'une filiale durant l'exécution des conventions de trésorerie, ayant emporté l'insuffisance d'actif de cette filiale ?

d'imprudence, au moins en théorie » ; voir aussi, C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 6e éd. 2009, n° 1265.

¹²⁴¹ Voir à titre d'exemple : Cass. com., 27 avr. 1993 : JCP G 1993, I, 3704, obs. P. Pétel ; Cass. com., 11 juin 1996 : Quot. jur. 9 juill. 1996, p. 12 ; Cass. com., 8 oct. 1996 : JCP E 1996, pan. 1212 ; Cass. com. 28 juin 1994, n° 92-17.031 ; Cass. com., 13 nov. 1990 : Bull. civ. 1990, IV, n° 276, p. 193).

¹²⁴² CA Paris, 28-6-1988, Sté Frankel SA c/ Bouteil, inédit.

¹²⁴³ T. com. Paris, 15-9-1992, Chevrier c/Tuffier, inédit.

¹²⁴⁴ CA Paris, 23-5-1997 : RJDA 10/97 n° 1277. Voir aussi CA Versailles - ch. 13 - 11/02911 - 05 janv. 2012 : « l'insuffisance d'actif constaté au mois d'octobre 2006 provient en réalité des fautes de gestion de Monsieur C. qui n'a pas apporté les fonds nécessaires au besoin en fonds de roulement, et qui au contraire a utilisé les ressources de la société pour satisfaire au remboursement de ses dettes personnelles ».

¹²⁴⁵ Voir la notion de conventions de trésorerie, supra n° 104.

La réponse à cette question doit certes être affirmative. En effet, les dirigeants d'une société affiliée ou non d'un groupe, ne peuvent se détacher complètement de son intérêt. En conséquence, dans l'hypothèse d'une convention de trésorerie, la faute de gestion de ces dirigeants sera démontrée toutes les fois que leur décision d'engager la société par des actes de trésorerie a entraîné l'insuffisance de l'actif social, alors qu'ils auraient pu prévoir une telle conséquence auparavant. Il n'est nullement suffisant de démontrer le cas échéant que la décision est motivée par l'intérêt supérieur du groupe dont la société filiale en cause fait partie, de même qu'il est ardu de justifier cette décision par le fait qu'elle fût prise dans la perspective d'un avantage intragroupe au profit de cette société. Comme un auteur a pu l'expliquer¹²⁴⁶, « le fait que le sacrifice financier consenti par la société débitrice, au profit d'autres sociétés du groupe, entraîne une insuffisance d'actif l'ayant menée à la cessation des paiements interdit en effet de tenir compte d'éventuels avantages intragroupes à son profit dès lors que leur réalisation aurait été en tout état de cause insuffisante ou trop tardive pour contribuer au redressement de sa situation financière¹²⁴⁷ ».

645. Par ailleurs, constitue également une faute de gestion susceptible d'entraîner la responsabilité civile des dirigeants d'une filiale, la violation de l'objet social ou le changement d'activité de cette filiale en poursuivant une activité déficitaire. En effet, il n'est pas exclu qu'une telle violation ou un tel changement soit à l'origine d'une cessation des paiements, consécutive à la nouvelle activité non-lucrative ou à des poursuites judiciaires des fournisseurs ou des assureurs liés à l'ancienne activité. La Cour de cassation s'est prononcée sur une action en comblement de passif intentée contre un gérant d'une filiale qui avait poursuivi une activité déficitaire et ruineuse contributive à l'impécuniosité de celle-ci. Celui-ci, afin d'éviter l'installation d'un concurrent à proximité de ses établissements, avait fait reprendre par la filiale l'exploitation d'un fonds de commerce déficitaire dont l'activité était identique à celle d'une autre société du groupe et qui « en poursuivant volontairement en toute connaissance de cause de l'activité déficitaire, a appauvri la société déjà exsangue, qui s'était ainsi vue imposer, au profit de la seconde

¹²⁴⁶ A. Bienvenue, *op. cit.*, n°579, p. 486.

¹²⁴⁷ Voir aussi, *CA Paris*, 15 nov. 2007, n°07-01.145 ; *Rev. proc. coll.*, 2008, n°87, note A. Martin-Serf. En l'espèce les dirigeants de la société mère sont reconnus responsables pour avoir affecté les fonds de cette dernière au financement sans contrepartie d'une filiale américaine alors qu'elle ne disposait pas des ressources pour rembourser un jour la société mère. « La faute pourrait être imputée au dirigeant de la société centralisatrice du groupe si celle-ci accorde plus de prêt que sa situation financière ne lui permet (cf. A. Bienvenu, *op. cit.*, sous-note 1942, p.486) ».

société, une charge sans contrepartie qui excédait ses possibilités financières ». La Cour¹²⁴⁸ approuva donc, par son arrêt du 30 mars 1999, la condamnation du gérant au comblement de passif de la filiale. En Belgique, la Cour d'appel de Mons a, dans un arrêt (souvent commenté) du 20 mai 1985, déclaré que « l'administrateur de société prudent et avisé ne peut se désintéresser des conséquences dommageables qui résulteront pour les créanciers de la poursuite d'une activité alors que tout espoir de redressement est perdu et que l'obstination ne peut conduire qu'à amplifier les pertes. S'il apparaît que suivant les prévisions raisonnables, l'entreprise n'a que des chances très réduites de sortir de ses difficultés, le conseil d'administration, commet une faute en poursuivant les activités ». La Cour de cassation française¹²⁴⁹ a également décidé dans un arrêt rendu en juillet 2012 que « constitue une faute de gestion obligeant le dirigeant de la société débitrice de combler l'insuffisance d'actif consécutive, le fait de poursuivre une exploitation déficitaire tout en s'octroyant une rémunération excessive ». Dans cette affaire, la Cour de cassation a reproché à une Cour d'appel de ne pas avoir constaté la faute de gestion du dirigeant, bien que le liquidateur fût valoir que la société avait subi des pertes de 95 798€, et que ses capitaux propres étaient devenus négatifs, et que, malgré tout, le dirigeant avait poursuivi l'exploitation tout en s'allouant une rémunération de 3600 euros et avait perçu des loyers de 15 000 € en sa qualité de loueur de fonds.

646. De plus, la Cour d'appel de Dijon a estimé¹²⁵⁰ que la reprise d'une entreprise dans une situation financière critique constitue une faute de gestion « si le repreneur ne dispose d'aucune trésorerie ou concours bancaires lui permettant de prendre des mesures conduisant au rétablissement de la situation ». Les applications judiciaires sont très variées et multiples en la matière : plus récemment, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence¹²⁵¹ a considéré comme constitutif d'une faute de gestion à l'égard des gérants de droit d'une société le fait d'acquérir un véhicule onéreux (BMW) et inutile pour la société, de rembourser leurs comptes courants d'associés et d'embaucher deux nouveaux salariés à plein temps « alors que la société commençait à connaître des difficultés, sans que l'évolution du chiffre d'affaires en baisse sur l'année, ni le désengagement d'un futur associé en 2008, [ne le justifie] ». Ils ont par ces actes fautifs privé la société de liquidité et

1248 *Cass. Com.* 30-3-1999 : *RJDA* 6/99 n°704 ; voir encore : *Cass. com.* 09-11.487 - 13 avr. 2010.

1249 *Cass.com.* 10-17.624 - 03 juill. 2012.

1250 *CA Dijon, ch. civ. B* - 09/00038 - 15 déc. 2009.

1251 *CA. Aix-en-Provence, ch. 08 A-11/05970*, 05 juill. 2012.

de la possibilité de rembourser ses créanciers. Selon la Cour d'appel de Lyon¹²⁵², peut également constituer une faute de gestion contribuant à l'insuffisance d'actif le fait par le dirigeant d'avoir poursuivi l'activité de la société pendant une année entière, en laissant *in fine* un passif global supérieur à 200 000 € sans aucun actif disponible.

647. Par ailleurs, l'immixtion du dirigeant dans les prérogatives reconnues aux autres organes peut être qualifiée de faute de gestion, et donner lieu à l'assignation de ce dernier en comblement d'actif. Comme nous l'avons évoqué plus haut, dans une société, la répartition des pouvoirs et la hiérarchisation des organes relèvent, selon la jurisprudence et la doctrine dominantes, de l'ordre public. La société mère qui s'implique dans l'administration de sa filiale n'a pas à empiéter sur les attributions réservées aux autres organes, notamment celles du directeur général ou du président du conseil d'administration, faute de quoi, elle risque de supporter l'insuffisance d'actif de sa filiale, encore qu'elle assume de *facto* la même qualité de ces derniers en raison de son ingérence dans leurs fonctions. Les créanciers de la filiale déficitaire disposent le cas échéant d'un choix important : ils peuvent intenter une action en comblement de passif, soit en invoquant la faute de gestion de la société mère administratrice, résidant dans l'inobservation du principe de l'organisation des pouvoirs, soit en s'appuyant sur la faute de gestion de celle-ci en sa qualification de dirigeante de fait.

648. En outre, les comportements constituant une faute de gestion peuvent relever pour les dirigeants de la filiale débitrice d'une simple omission : un défaut de surveillance de la direction sociale, une absence de comptabilité, un défaut d'apport financier, ou un défaut de dépôt de bilan dans les 45 jours suivant la cessation des paiements¹²⁵³. La jurisprudence reconnaît le principe selon lequel dans les sociétés anonymes, les administrateurs, même personnes morales¹²⁵⁴, sont responsables pour défaut de surveillance, des fautes commises dans la direction de la société, notamment le président directeur général. Ainsi, lorsque la société-mère exerce dans sa filiale une fonction d'administrateur, sa faute de gestion peut être établie si un défaut de surveillance du directeur général de cette dernière a été constaté

¹²⁵² CA. Lyon, ch. 03 A-10/08596, 17 févr. 2012.

¹²⁵³ Voir en ce sens, J-P. Legros, *Liquidation judiciaire, dr. soc. n°11*, nov. 2012, comm. 189 : « le débiteur en état de cessation des paiements a l'obligation de déposer son bilan dans les 45 jours à moins d'avoir sollicité l'ouverture d'une procédure de conciliation. À défaut, on pourrait reprocher au dirigeant de la filiale une faute de gestion ou demander à son encontre une mesure d'interdiction de gérer. La société-mère n'a pas le choix. ».

¹²⁵⁴ Cass. com. 17 mars 1995 : Bull. civ. IV, n°85.

à son encontre. Dans un arrêt rendu en mars 1997, la Cour de cassation¹²⁵⁵ a approuvé une Cour d'appel d'avoir relevé la faute de gestion d'une société administratrice d'une autre du fait que cette société administratrice n'ait pas exigé du président du conseil d'administration qu'il effectue la déclaration de cessation des paiements de l'entreprise, qui s'imposait en vue d'obtenir le bénéfice du redressement judiciaire. La Cour d'appel de Douai¹²⁵⁶ a déclaré en ce même sens que « l'absence de surveillance dans ses fonctions de Directeur Général de la comptabilité des entreprises du groupe constitue une faute de gestion, qui n'a pu qu'accroître le passif des sociétés puisque justement une vigilance de M. X... dans ce domaine aurait permis à celui-ci de détecter bien avant qu'il ne soit nommé Président du conseil d'administration les prélèvements excessifs ou indus opérés sur la trésorerie des différentes sociétés ».

649. De même, le défaut ou l'irrégularité de comptabilité sociale de la filiale peut constituer pour les dirigeants de celle-ci une faute de gestion liée à l'insuffisance d'actif social. La Cour d'appel de Versailles a récemment condamné des dirigeants d'une société anonyme pour avoir commis une faute de gestion consistant en la tenue d'une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière¹²⁵⁷. De plus, les dirigeants de la filiale sont condamnables pour avoir omis de déclarer la cessation des paiements du passif social dans le délai prévu par la loi, de même qu'ils le sont pour l'imprécision de cette date. Dans une affaire récente, un gérant d'une société mise en liquidation a été condamné à supporter le passif de cette société en raison de son omission de procéder à la déclaration de cessation des paiements dans le délai de rigueur. La Cour d'appel retient que cette abstention caractérise pour le dirigeant une faute de gestion susceptible de lui imputer la partie impayée du passif social. La Cour de cassation¹²⁵⁸ a cependant annulé la décision, mais sans pour autant critiquer le caractère fautif de l'absence de déclaration de la cessation des paiements. Elle a uniquement censuré l'imprécision de la date de cessation des paiements qui aurait dû être fixée et caractérisée par la Cour d'appel avec rigueur pour pouvoir calculer le délai légal du dépôt du bilan¹²⁵⁹. De même, dans une décision rendue le 10

1255 Cass. com. 95-10.995 - 25 mars 1997 - Bulletin 1997 IV N° 85 p.74.74

1256 CA Douai, 02/01433 - 03 avr. 2003.

1257 CA Versailles, ch. 13 - 11/05459 - 05 janv. 2012 ; CA Aix-en-Provence, ch. 08 A - 10/14857 - 04 oct. 2012 : « la tenue d'une comptabilité irrégulière constitue une faute de gestion ». Voir aussi CA Lyon ch. 03 A, 10/07838, 10 janv. 2013 : « L'absence de toute comptabilité ou de tenue d'une comptabilité fiable et régulière est constitutive d'une faute de gestion pouvant justifier une action en comblement de passif ».

1258 Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-16.709, F-D : JurisData n° 2011-007761.

1259 La Cour déclara en l'espèce : « Attendu que pour condamner M. X...(le gérant en cause) à supporter à concurrence de 60 000 euros l'insuffisance d'actif de la société, l'arrêt retient qu'il peut être légitimement reproché à M. X... d'avoir omis de procéder à la déclaration de cessation des paiements dans le délai de

janvier 2013, la Cour d'appel de Lyon a considéré comme constitutif d'une faute de gestion autonome susceptible de justifier à elle seule une action en comblement de passif « l'inobservation par les dirigeants sociaux des obligations fiscales et sociales de la société¹²⁶⁰ ».

650. Cependant, la Cour d'appel de Douai¹²⁶¹ a considéré que l'action de contrefaçon commise par un PDG d'une SA ne constituait pas une faute de gestion, car les demandeurs n'avaient pas fait la preuve que cette infraction avait procédé d'une décision de gestion prise par ce dernier. Selon elle, les faits de contrefaçon ne peuvent être qualifiés de fautes de gestion que s'ils résultent d'un fait positif caractérisant une faute personnelle du président directeur général. Il ne suffit pas que les intimés se bornent à « affirmer qu'il est évident que des faits de contrefaçon constituent une faute de gestion utilement imputable aux dirigeants de droit d'une SA et sans la preuve ni que la contrefaçon en cause procéderait à une décision de gestion prise par le dirigeant de la société M. ou par les administrateurs, ni même que ces derniers aient été personnellement informés de cette contrefaçon et qu'ils l'aient laissé commettre. Le liquidateur judiciaire n'oppose de même aucun élément à la position des appelantes selon lesquelles la contrefaçon présenterait en l'espèce un caractère accidentel et relèverait du risque industriel dans un secteur fortement concurrentiel. Les faits invoqués ne peuvent donc être considérés comme une faute de gestion au sens de l'article L. 624-3 ancien ».

Cette décision n'échappe pas à la critique, car le fait que la contrefaçon ne résulte pas de faits positifs du dirigeant n'est pas en soi suffisant pour écarter de cette infraction la qualification de faute de gestion. Le directeur général qui fait défaut au contrôle des salariés, ou les administrateurs qui manquent à la surveillance de ce dernier devraient être susceptibles d'engager leur responsabilité pour faute commise par omission.

rigueur ; attendu qu'en se déterminant ainsi, sans préciser la date exacte comme étant celle de la cessation des paiements ni caractériser, à cette date, l'impossibilité pour la société de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, la cour d'appel a privé sa décision de base légale », voir aussi le commentaire de cet arrêt, J-L. Legros, droit des sociétés n° 2, Février 2012, comm. 31. Dans une décision récente (Cass. com. 10-17.624 - 03 juill. 2012 », la Cour de cassation a considéré comme constitutif d'une faute de gestion à l'encontre du dirigeant social « le fait d'omettre d'inscrire au bilan comptable de la société une dette de condamnation constitutive d'un passif dès lors que cette omission permet au débiteur de reporter à une date ultérieure l'état de cessation des paiements dans lequel le débiteur se trouverait en tenant compte de cette dette ».

¹²⁶⁰ CA Lyon ch. 03 A, 10/07838, 10 janv. 2013.

¹²⁶¹ CA Douai - ch. 02 SECT. 02 - 10/05220 - 10 janv. 2012.

b) Preuve et contrôle judiciaire de la faute de gestion

651. Pour engager la responsabilité des dirigeants de la filiale en comblement du passif social, il est nécessaire de démontrer qu'ils ont commis une faute de gestion contribuant à l'insuffisance d'actif de cette dernière¹²⁶². Antérieurement à la loi du 25 janvier 1985, l'article 99 de la loi n°67-563 du 13 juillet 1967, qui régissait l'action en comblement de passif, établissait une présomption de faute de gestion à l'encontre des dirigeants de la société mise en faillite. Pour engager la responsabilité de ces derniers, il suffisait que les créanciers de la société prouvent sa défaillance au paiement de leurs créances¹²⁶³. Pour une société mère dirigeante, une présomption qui la contraignait consistait à apporter la preuve de sa bonne gestion, « ce qui était très difficile pour ne pas dire impossible¹²⁶⁴ ».

Cette présomption a disparu depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985. Les créanciers d'une filiale, demandeurs de l'action en comblement de passif, doivent désormais établir la preuve de la faute de gestion à l'encontre des dirigeants de cette dernière. Cette faute ne peut plus être simplement déduite de l'insuffisance d'actif de la filiale, mais celle-ci est requise pour obliger les dirigeants fautifs à combler le passif social. Dans un arrêt rendu le 10 janvier 2012, la Cour d'appel de Douai a déclaré qu'il appartient au demandeur de l'action en comblement de passif de rapporter successivement les preuves suivantes : preuve d'une insuffisance d'actif, preuve d'une faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance, preuve que les personnes ou leurs ayants droit contre lesquels l'action est engagée étaient bien dirigeants de la personne morale au moment où ces fautes de gestion ont été commises¹²⁶⁵.

2 - Le préjudice subi par les créanciers de la filiale

652. Le préjudice subi par les créanciers résulte de l'insuffisance d'actif, c'est-à-dire de

¹²⁶² J-P. Legros, *Action en comblement de passif : dirigeant ayant cessé ses fonctions*, dr. soc. n°1, janv. 2011, comm. 16 : « Conformément à une jurisprudence bien établie, la condamnation d'un dirigeant qui a cessé ses fonctions suppose que l'insuffisance d'actif soit établie au moment où il démissionne. Il en va ainsi lorsque la société est en état de cessation des paiements à la date de la démission et que les fonds propres sont négatifs : l'insuffisance d'actif est établie. Le fait qu'elle ne soit pas encore chiffrée est sans importance : peu importe son montant exact du moment qu'elle est certaine. ». (Voir, Cass. com., 6 oct. 2009, n° 06-15.141, Bibi Roubi c/ Mandin : Bull. Joly Sociétés 2010, [§ 56], p. 249, note P. Rubellin ; RJDA 2010/3, n° 273, p. 274. – Cass. com., 14 oct. 2008, n° 07-19.000, F-D, Estrade c/ Villa : Juris-Data n° 2008-045428 ; Dr. sociétés 2008, comm. 249 ; Gaz. Pal. 2009, 1^{se} sem. somm. p. 673, obs. T. Montéran. – Cass. com., 12 juill. 2004, n° 02-17.111, Rogeau, c/ Kreutz, dirigeant d'un groupe de sociétés).

¹²⁶³ Voir J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°1670, p.752.

¹²⁶⁴ T. Gautier, op. cit., n°757, p.471 ; E. Obadia et Y. Sexer, *La responsabilité des dirigeants sociaux et l'article 180 de la loi 25 janv. 1985*, Bull. Joly 1994, n°175, p.617.

¹²⁶⁵ CA Douai - ch. 02 SECT. 02 - 10/05220 - 10 janv. 2012.

tout dommage matériel subi par les créanciers de la société débitrice dont le patrimoine est insuffisant à les désintéresser¹²⁶⁶. La Cour d'appel de Rennes a affirmé dans un arrêt rendu le 14 septembre 2010¹²⁶⁷ « qu'il y a insuffisance d'actif dès lors que le passif est supérieur à l'actif et sans qu'il soit nécessaire de réunir les conditions de la clôture pour insuffisance d'actif ni, *a fortiori*, que cette clôture ait été prononcée ». Autrement dit, J-P. Legros l'a précisé, « l'insuffisance d'actif se perçoit comme une absence totale d'actif qui rend impossible la poursuite des opérations de liquidation¹²⁶⁸ ».

653. Par ailleurs, il suffit en droit libyen que le patrimoine social avère une insuffisance d'actif, sans tenir compte que la société débitrice soit ou non en liquidation judiciaire. Les articles 20 et 185 du Code de commerce n'exigent en effet que l'existence d'une faute de gestion contributive à l'insuffisance d'actif. Dans une filiale en difficulté, qu'elle soit ou non en liquidation judiciaire, les dirigeants sont obligés au comblement de passif si leur faute est à l'origine de sa cessation des paiements.

654. Du reste, c'était la même règle en droit français jusqu'à la réforme de 2008, introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Depuis la loi n°85-98 du 25 janvier 1985, l'action en comblement de passif s'appliquait indifféremment à la société en liquidation et à celle en redressement judiciaire. Depuis cette réforme, le dirigeant ne peut être poursuivi en comblement de passif qu'en cas de liquidation judiciaire de la société, faisant apparaître une insuffisance d'actif (C. com. art. L.651-2, modifié). Les dirigeants d'une filiale ne peuvent, d'ores et déjà, être poursuivis du seul fait que celle-ci soit en difficulté ou soumise à un plan de sauvegarde ou une procédure de redressement judiciaire. Le dommage que les créanciers ressentent doit consister en l'insuffisance d'actif provoquant une cessation des paiements par la filiale. Il faut également que cette insuffisance soit antérieure ou concomitante à l'ouverture de la procédure de liquidation ; sinon les créanciers de la filiale n'ont pas vocation à se tourner vers la société-mère en action en comblement de passif, mais uniquement en une faute dans la gestion à condition qu'elle soit séparable des fonctions sociales¹²⁶⁹.

1266 S. Hadji-Artinian, *La faute de gestion en droit des sociétés, Actualité de la faute de gestion, Mécanismes de prévention sanctions*, Litec Groupe Lexis Nexis, éd. 2001, n°1002, p.314.

1267 CA Rennes, 2^{ème} ch. com. 08/04980, 14 sept. 2010.

1268 J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°1695, p.764.

1269 Cass. com. 23 janv. 1990, n°88-15.873, Bull. civ. 1990, iV, n°30, p.19 ; J-P. Legros, *idem* : « l'insuffisance d'actif doit exister au jour du jugement de condamnation. C'est à cette date que le juge apprécie son existence et son montant, y compris le juge d'appel ».

De même, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'existence des conditions d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société filiale doivent s'apprécier au jour du jugement d'ouverture sans tenir compte des capacités financières du groupe¹²⁷⁰. Dans une affaire récente¹²⁷¹ (l'affaire *Sodimédical*), relative à une filiale détenue par sa mère à 100%. La majorité du passif de cette filiale est engendrée par le solde du compte courant de la société mère, celle-ci a décidé de ne plus soutenir sa filiale entendant se « désengager » et voulant « arrêter l'activité de sa filiale ». Les juges du fond ont rejeté la demande d'ouverture de la procédure de liquidation au motif d'une absence d'autonomie financière de la filiale et d'un « détournement » du droit des procédures collectives afin d'échapper aux obligations imposées par le droit social. La Cour de cassation censure ces deux motifs en déclarant que « dans les groupes de sociétés, l'état de cessation des paiements s'apprécie pour chaque société suivant la définition donnée par la loi. Lorsque cet état est avéré, le juge doit ouvrir la procédure collective sollicitée par le débiteur sans prendre en compte les mobiles de ce dernier ». En d'autres mots, et comme l'a souligné J.-P. Legros¹²⁷² à juste titre, « l'appartenance de la société à un groupe – même prospère – n'a aucune incidence sur l'appréciation des conditions d'ouverture d'une procédure collective en général. Le raisonnement est purement juridique : seule compte l'indépendance théorique entre les personnes morales membres du groupe. La dépendance économique relevée par les juges d'appel n'a pas d'influence ».

655. En outre, récemment, le législateur français a introduit dans le Code de commerce (par la loi n°2012-346 du 22 mars 2012) un nouvel article L. 631-10-1 qui autorise l'administrateur ou le mandataire judiciaire à intenter à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait de la société en redressement une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur pour ensuite solliciter une mesure conservatoire sur les biens de ceux-ci. Selon cet article : « Les mesures ordonnées lors de la procédure de redressement peuvent être maintenues si la procédure de redressement est

¹²⁷⁰ Voir par exemple pour une procédure de sauvegarde : *Cass. com.*, 26 juin 2007, n° 06-20.820, *FS-P+B+R+I, SAS Euler Hermès Sfac c/ SAS Schlumberger* : *JurisData* n° 2007-039782 ; *Bull. civ.* 2007, IV, n° 177 ; *D.* 2007, p. 1864, *obs. A. Lienhard* ; *JCP G* 2007, II, 10147, *note J. Vallansan*. – *Cass. com.*, 26 juin 2007, n° 06-17.821, *FS-P+B+R+I, SAS Euler Hermès Sfac c/ Canet* : *JurisData* n° 2007-039783 ; *Dr. sociétés* 2007, *comm.* 179 ; *Bull. civ.* 2007, IV, n° 176 ; *D.* 2007, p. 1864, *obs. A. Lienhard* ; *JCP G* 2007, II, 10147, *note J. Vallansan* ; *D.* 2007, p. 2764, *obs. M.-L. Bélaïval* ; *RJDA* 01/2008, n° 56, p. 56. – *H. Guyader*, *Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde* : *RJDA* 01/2008, *chron.* p. 103 s.

¹²⁷¹ *Cass. com.* 3 juill. 2012 n° 11-18.026, *FS-P+B, Sté Sodimédical c/ Vaugeois* : *JurisData* n° 2012-015231 ; *JCP E* 2012, 1509, *note A. Cerati-Gauthier* ; *D.* 2012, p. 1814, *obs. A. Lienhard* ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, [§ 356], p. 631, *note N. Pelletier* ; *LEDED* n° 8, sept. 2012, *comm.* 119, *obs. C. Delattre* ; *D.* 2012, p. 2212, *note R. Dammann et S. François* ; *Act. proc. coll.* 2012, *comm.* 206, *note L. Fin-Langer*

¹²⁷² J.-P. Legros, *Liquidation judiciaire, dr. soc.* n°11, nov. 2012, *comm.* 189.

convertie en procédure de liquidation (C.com. art. L. 651-4, al.2) ¹²⁷³».

Cette nouvelle action implique à s'interroger pour savoir si elle est équivalente ou différente de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Selon *P. Roussel-Galle*, les deux actions ne sont pas synonymes, car l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif suppose que les dirigeants commettent une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, alors que le nouvel texte évoque une faute ayant contribué à la cessation des paiements sans autre précision, c'est-à-dire peu importe qu'elle soit de gestion ou non¹²⁷⁴. De même le préjudice subi par les créanciers diffère dans les deux cas : il consiste dans le nouveau texte en la cessation des paiements et dans l'ancien en l'insuffisance d'actif. « Or, les deux notions diffèrent complètement. La cessation des paiements est caractérisée par l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible alors que l'insuffisance d'actif suppose que l'actif ne puisse pas couvrir l'ensemble du passif¹²⁷⁵ ». On peut également souligner que l'action en responsabilité, instituée par le nouveau texte, ne vise pas dans un premier temps la condamnation des dirigeants de la société en redressement, mais en priorité la mise en place d'une mesure conservatoire sur leurs biens. Cette mesure peut être maintenue si la procédure de redressement est convertie en procédure de liquidation. Au contraire, l'action en comblement de passif a pour un seul objectif d'imputer aux dirigeants le passif social impayé.

656. En définitive, le recours à la nouvelle action en responsabilité suppose que la société soit à la fois en redressement judiciaire et en cessation de paiements. Si elle a été mise en liquidation judiciaire, ses dirigeants ayant commis une faute contributive à l'insuffisance d'actif ne peuvent être assignés qu'en action en comblement de passif¹²⁷⁶.

¹²⁷³ *J-P. Legros, Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté, op. cit., n°1654, p.746.*

¹²⁷⁴ Voir aussi, *B. Rolland, Les nouvelles mesures conservatoires dans les procédures collectives, Rev. proc. coll. n°6, juin 2012, alerte 24* : « La particularité de cette action est qu'elle ne correspond pas à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif spécifique aux procédures collectives. En effet, cette dernière action est réservée au cas où la société ou bien l'EIRL est en liquidation judiciaire (C. com., art. L.651-2). Or, le nouveau dispositif s'applique aux procédures de redressement judiciaire. Par conséquent, la procédure diligentée contre le dirigeant ne saurait être que celle de droit commun, fondée sur sa responsabilité civile ».

¹²⁷⁵ *P. Rousse Galle, La loi Petroplus : quelques réflexions avec un peu de recul, Rev. proc. coll. n°3, mai 2012, étude 16.*

¹²⁷⁶ Voir dans le même sens; *A. Cerati-Gauthier, La liquidation judiciaire se mérite-t-elle ?, JCP E, n°36, 6 sept. 2012, 1509* : « Le recours au nouvel article L. 631-10-1 du Code de commerce, introduit par la loi « Petroplus » du 12 mars 2012 (...) ne serait pas plus efficace puisque son champ d'application est limité au redressement judiciaire. La filiale en l'espèce était condamnée à la liquidation judiciaire ».

3- Le lien de causalité

657. Aux termes de l'article L. 651-2 du Code de commerce, la faute de gestion imputée au dirigeant doit contribuer, même partiellement, à l'insuffisance de l'actif social¹²⁷⁷. Le lien de causalité doit être appréhendé avec souplesse¹²⁷⁸. Selon la jurisprudence, toute faute du dirigeant est retenue dès lors qu'elle a été (pour partie au moins) à l'origine du passif. Même si la faute n'a été que l'une des causes de l'insuffisance, le dirigeant peut être condamné à supporter l'intégralité du passif¹²⁷⁹. En cas de pluralité de fautes de gestion imputées aux dirigeants, il suffisait, jusqu'à deux arrêts en date du 1^{er} décembre 2009¹²⁸⁰, que l'une de ces fautes soit légalement établie pour asseoir la condamnation prononcée à l'encontre des dirigeants. Depuis, la chambre commerciale de la Cour de cassation a fait application du principe de proportionnalité dans le domaine des sanctions traditionnelles en droit de la faillite et des fautes de gestion¹²⁸¹. Elle a décidé « de casser un arrêt qui, ayant retenu deux faits à l'encontre de la personne sanctionnée, n'en a légalement justifié qu'un seul. Le raisonnement est que chaque grief retenu a été pris en considération par les juges du fond pour décider d'infliger une mesure de faillite personnelle et pour en moduler le quantum au regard de la gravité du comportement en cause. Chaque fait retenu doit donc être légalement justifié¹²⁸² ». Cette nouvelle

1277 CA Lyon - Juridiction Du Premier Président - 11/00225 - 09 janv. 2012 : « Le demandeur se borne à contester la gestion laxiste qui lui est reprochée par le liquidateur judiciaire et qui a été retenue par le tribunal de commerce sans faire état d'élément nouveau ou non pris en considération par le premier juge établissant que les difficultés de la société n'ont pas de lien avec les fautes de gestion qui lui sont imputées. Les pièces qu'il produit démontrent seulement son incapacité financière de faire face à la condamnation en paiement prononcée à son encontre, ce qui ne suffit pas pour constituer un moyen d'appel sérieux » ; CA Lyon - JURIDICTION DU PREMIER PRÉSIDENT - 11/00225 - 09 janv. 2012 ; A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires – Des régimes spéciaux vers un droit commun*, Préf. P. Dubois : LGDJ 2008, Bibliothèque de droit privé, t. 493, n° 47.

¹²⁷⁸ J.-P. Legros, *Faute de gestion*, dr. soc. n°12, déc. 2010, comm. 233.

1279 Cass. com. 2 mai 2001, n° 98-14.146, F-D, JurisData n° 2001-009488 : Dr sociétés 2001, comm. n° 141, obs J-P Legros- Cass. com. 28 mars 2000, n° 97-17.834, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 604, [§ 134] - Cass. com. 17 févr. 1998, n° 95-18.510, JurisData n° 1998-000657, Bull. civ. 1998, IV, n° 78, p. 61 ; Bull. Joly Sociétés 1998, [§ 215], p. 644 ; D Aff. 1998, p. 475, obs. A. L. ; Rev. soc. 1998, p. 580, obs. Y. Guyon - Cass. com., 19 mars 1996, n° 94-12.004, Bull. civ. 1996, IV, n° 91, p. 77 ; JurisData n° 1996-000989, Bull. Joly Sociétés 1996, [§180], p. 526, obs. P. Le Cannu – CA Paris, 3^e ch., 18 févr. 2000 : RJDA 11/2000, n° 1023, p. 810 ; Cass. Com. 10-20.423, 11 oct. 2011 « l'action en comblement de passif est exclue lorsque l'insuffisance d'actif a été provoquée par des causes étrangères qui ne sont pas imputables au gérant »

¹²⁸⁰ Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-17.187 : JurisData n° 2009-050595 ; JCP G 2009, act. 564, note . Mastrullo ; JCP G 2010, 155, P. Delmotte et Ph. Roussel Galle, préc.) et 15 décembre 2009 (Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.906, FS-P+B+R+I, Debono c/ Canet : JurisData n° 2009-050876 ; D. 2010, p. 7, obs. A. Lienhard ; BRDA 2009/24, info n° 8, p. 4 ; Bull. Joly Sociétés 2010, [§ 75], p. 364, note L. Camensi-Feuillard ; Dr. sociétés 2010, comm. 55 ; LPA n° 35, 18 févr. 2010, p. 8, note G. Teboul.

¹²⁸¹ J.-P. Legros, *Du risque d'invoquer plusieurs cas de faillite personnelle : Dr. sociétés 2010, repère 3.* – Voir aussi les observations de MM. Roussel Galle et Delmotte : JCP G 2010, 155. – P. Nabet, *Le principe de proportionnalité s'invite en droit des procédures collectives : LPA n° 70, 8 avr. 2010, p. 3*

¹²⁸² J.-P. Legros, *Pluralité de fautes, action en comblement de passif*, dr. soc. n°7, juill. 2010, comm. 147 ; voir aussi, Cass. com. 30 mars 2010, n° 08-22.140, F-D, Société Aquitel développement c/ X : JurisData

jurisprudence semble d'ailleurs assez similaire à la règle dominante en droit libyen, prévue à l'article 20 du Code de commerce et applicable à toutes les formes sociétaires. Selon les dispositions de cet article « lorsque l'insuffisance d'actif est née de lourdes fautes de gestion, les dirigeants supportent les dettes, en définitive ou en partie, en proportion de leur participation dans ces fautes ».

658. Du reste, il est envisageable qu'une société mère soit administratrice ou gérante de sa filiale et qu'elle soit soumise dans ses fonctions aux directives d'une autre société de son groupe d'un niveau supérieur : par exemple, une holding dirigeante de plusieurs filiales qui n'est pas indépendante de sa mère. Il n'est pas exclu en l'occurrence que la société mère se voit attribuer la qualité de dirigeant de fait et, par conséquent, condamner à combler le passif de la filiale mise en liquidation. De son côté, la société holding, dirigeante légale de cette filiale, invoquerait en vain le fait de n'être que le prête-nom de sa mère dirigeante réelle. En ce sens, une Cour d'appel a décidé que « la personne qui accepte la gérance d'une société doit nécessairement en accepter les obligations et ne peut s'exonérer de sa responsabilité en soutenant qu'elle a été défaillante dans sa mission de dirigeant (...). Le seul fait de laisser une autre personne diriger la société à sa place constitue une faute de gestion qui permet de lui attribuer la responsabilité de toutes les conséquences d'une gestion défectueuse¹²⁸³ ».

B- Les conséquences de l'action en comblement de passif

659. Aussitôt que lesdites conditions sont réunies, l'action en comblement de passif peut être intentée contre les dirigeants de la filiale par le liquidateur judiciaire, le ministère public ou la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le liquidateur ne l'a pas engagée après une mise en demeure adressée par deux contrôleurs et restée sans suite dans un délai de deux mois¹²⁸⁴ (C. com. art. 651-3¹²⁸⁵). De même, cette action peut être intentée

n° 2010-002985. Dans cette décision la Cour a affirmé que « la faute de gestion découlant de la tardivité de cessation des paiements suppose de fixer le jour précis de la survenance de cet état. L'une des fautes de gestion n'était pas légalement établie, l'arrêt est censuré en entier ».

1283 CA Dijon, ch. Civ. B, 24 févr. 2005, *JurisData* n° 2005-279859, 2^e esp. *Dr sociétés* 2005, comm. n° 214, obs. J.-P Legros.

¹²⁸⁴ Voir, J.-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté*, op.cit., n°1681, p.757 : « à contrario, toute autre personne n'a qualité pour agir. En particulier, un dirigeant ne peut exercer une action en responsabilité pour insuffisance d'actif à l'encontre d'un autre dirigeant, même à titre de garantie. Il en va de même des associés et des créanciers sociaux » ; cass. com. 6 juin 1995, n°91-21.173 :Bull. civ. 1995, IV, n°168, p. 157 ; *Jurisdata* n°1995-001384 ; JCP E 1995, I, 513, n°20.

1285 Aux termes de cet article « dans le cas prévu à l'article 651-2, le tribunal est saisi par le liquidateur, le ministère public. Dans l'intérêt collectif des créanciers, le tribunal peut également être saisi par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le liquidateur engagé l'action prévue au même article, après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixés par décret en Conseil d'État ».

par lesdites personnes contre le représentant permanent d'une société dirigeante de la filiale, telle une holding, une société-mère ou une société sœur. Selon l'article L. 225-20 du Code de commerce, une personne morale nommée administrateur doit désigner un représentant permanent qui encourt alors les mêmes responsabilités que s'il était administrateur en son nom propre¹²⁸⁶.

660. Aux termes de l'article L. 651-2 du Code de commerce français « lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire. Les sommes versées par les dirigeants entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Les dirigeants ne peuvent pas participer aux réparations à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés »¹²⁸⁷.

De ce fait, dès lors que le ou les dirigeants de la filiale sont condamnés à combler son passif social sur leurs deniers personnels, les sommes qu'ils versent doivent entrer dans le patrimoine de celle-ci. Elles sont réparties entre tous les créanciers en proportion de leur créance. Lorsqu'il s'agit de plusieurs dirigeants, les dettes sont supportées en tout ou en partie par l'ensemble ou par certains des dirigeants, avec ou sans solidarité. Le tribunal dispose en effet d'un large pouvoir d'appréciation : il n'est jamais obligé de prononcer une sanction patrimoniale même lorsqu'une faute de gestion est avérée. Pour la Cour de cassation, « aucune solidarité n'existe entre les dirigeants de droit ou de fait d'une même personne morale au regard de l'action en paiement des dettes sociales, le juge ayant seulement la faculté de dire que les condamnations seront exécutées avec ou sans solidarité¹²⁸⁸ ».

1286 *Le représentant légal de la société administrateur n'assume pas d'office ce rôle qui suppose une désignation expresse* Cass. com. 3 oct. 2000, n° 96-15.514, F-D, JurisData n° 2000-006219, Bull. Joly Sociétés 2001, [§ 4], p 24, obs. P. Le Cannu : Dr. sociétés 2001, comm. n° 79, obs. J.-P. Legros.

1287 Dans le droit libyen, la règle s'avère quelque peu nuancée. En effet, selon l'article 185 du Code de commerce, la saisie du tribunal relève des créanciers et du liquidateur judiciaire si la société est en faillite.

1288 Cass. com., 26 oct. 1999, n° 97-10.464, JurisData n° 1999-003876 – Cass. com., 7 nov. 2006, n° 05-16.693, Bull. civ. 2006, IV, n° 218, p. 244 ; Rapp. Cass. 2007, La documentation française 2008, p 354 ; JurisData n° 2007-035957 : Dr. sociétés 2007, comm. n° 47, obs. J. -P. Legros.

661. En outre, sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de 2005, les jugements emportant condamnation à combler le passif sont exécutoires à titre provisoire de plein droit dès lors que l'article 155 alinéa 1^{er} du décret du 27 décembre 1985 ne la cite pas parmi la liste des exceptions (D. n° 85-1388, 27 déc. 1985)¹²⁸⁹. Mais cette exécution provisoire peut être arrêtée en cas d'appel par le premier président lorsque les moyens invoqués à l'appui de ce recours paraissent sérieux (D. n°85-1388, 27 déc. 1985, art. 155, al. 2). De même, selon l'article 524 du Code civil, le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe de la contradiction ou de l'article 12 lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Les choses ont changé après la réforme de 2005. Le jugement de condamnation du dirigeant à supporter le passif n'est plus susceptible d'exécution provisoire de plein droit. En effet, l'article R. 661-2 du Code de commerce (issu de la codification de l'article 328 du décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005) exclut du domaine de l'exécution provisoire les jugements rendus en application de l'article 652-1). La question peut ainsi se poser sur la possibilité d'ordonner par le juge l'exécution provisoire en vertu du droit commun (soit l'article 515 du Code de procédure civile). F. Pérochon et R. Bonhomme estiment que le juge peut toujours ordonner des mesures conservatoires, ce qui rend moins utile une exécution provisoire¹²⁹⁰. A notre avis, il n'existe pas d'interdiction au juge de se fonder sur l'article 515 du Code de procédure civile et de décider de l'exécution provisoire du jugement imposant au dirigeant le comblement du passif social.

662. De plus, selon l'article L. 651-4 du Code de commerce, « pour l'application des dispositions de l'article L. 651-3, le président du tribunal peut charger le juge commissaire ou, à défaut, un membre de la juridiction qu'il désigne d'obtenir, nonobstant toute disposition législative contraire, communication de tout document ou information sur la situation patrimoniale des dirigeants et des représentants permanents des dirigeants personnes morales mentionnés à l'article L. 651-1 (...). Le président du tribunal peut, dans les mêmes conditions, ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants visés à l'alinéa qui précède¹²⁹¹ ».

¹²⁸⁹ Voir, J-P Legros, *Action en comblement de passif : procédure*, JCP E, n°10, 10 mars 2011, 1193.

¹²⁹⁰ F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficultés*, 8^e éd., LGDJ, 2009, n°566.

¹²⁹¹ Ce texte a été initié par la réforme de 2005. Avant celle-ci, l'ancien article L. 624-7 prévoyait la possibilité d'ordonner une enquête portant sur la situation patrimoniale des dirigeants (*C. com., anc. art. L. 624-7 – Avant la codification, L. n° 85-98, 5 janv. 1985, art. 184*). J-P. Legros, *Première mesure : transposition des mesures conservatoires de l'article L. 651-4 aux extensions de procédures, nouvelle rédaction de l'article L. 622-2*, *JurisClasseur : Sociétés Traité, Fascicule 41-30. Comm. 89* : « Depuis la loi du 26 juillet 2005 qui a supprimé l'ouverture d'une procédure à l'encontre de membres tenus indéfiniment et

Selon ce texte, le président du tribunal peut procéder à une enquête sur la situation patrimoniale des dirigeants sociaux et ordonner « toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens » de ceux-ci. La finalité de la mesure conservatoire édictée à cet article à propos de la responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif consiste à éviter que ces derniers n'organisent leur insolvabilité¹²⁹². Cette disposition, insérée dans le Code de commerce par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (art. 130), s'appliquait jusqu'au 15 février 2009 (date de la réforme introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008) indifféremment aux sociétés soumises à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Mais depuis, les mesures conservatoires supposent pour leur application aux dirigeants invités à combler le passif social que la société soit en liquidation judiciaire.

663. Néanmoins, la loi du 12 mars 2012 remédie à la situation dans le cadre d'un redressement judiciaire. Désormais, un nouvel article 631-10-1¹²⁹³ a été introduit permettant au président du tribunal saisi d'ordonner, à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur (C. com. art. L. 631-10-1)¹²⁹⁴. Cette réforme ne concerne d'ailleurs que la procédure de redressement vu la place de l'article L. 631-10-1 parmi les

solidairement du passif, cette enquête ainsi que les mesures conservatoires concernent aussi les personnes membres ou associées de la personne morale en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire lorsqu'elles sont responsables indéfiniment et solidairement de ses dettes. En 2010, le texte est étendu aux entrepreneurs individuels à responsabilité limitée. Les mesures portent sur tous les biens y compris dans son patrimoine non affecté lorsque cet entrepreneur est exposé à une procédure de liquidation judiciaire ».

¹²⁹² J.-J. Hyest, *Rapport Sénat*, n° 335, Session ordinaire 2004-2005, mai 2005, tome I, p 458 - X de Roux, *Rapport Assemblée Nationale*, n° 2095, XIIe Législature, févr. 2005, p 415. Selon la Cour de cassation, cette mesure conservatoire « peut être ordonnée par le président du tribunal de commerce ou de grande instance suivant la nature du débiteur sans autre condition. En particulier, cette saisie ne nécessite pas de détenir une créance paraissant fondée en son principe lorsque le créancier poursuivant est démuné de titre exécutoire », voir, (J.-P. Legros, *Première mesure : transposition des mesures conservatoires de l'article L. 651-4 aux extensions de procédures, nouvelle rédaction de l'article L. 622-2*, *JurisClasseur : Sociétés Traité, Fascicule 41-30. Comm.* 89) ; (Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-18.472, *Spangberg c/ Société Gauthier-Sohm : FS-P+B, JurisData* n° 2011-010301, *D.* 2011, p 1613, note A. Lienhard ; *Rev. soc.* 2011/9, p 522, note P. Roussel Galle ; *L'Essentiel du droit des entreprises en difficultés*, 2011/7, comm. n° 107, p 6, obs. P. Rubellin : *Act. Pr. Coll.* 2011/13, comm. n° 194, C. Delattre ; *Rev. Pr. Coll.* 2011/6, comm. n° 200, obs. A. Martin-Serf.

¹²⁹³ Aux termes de cet article : « A la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur ».

¹²⁹⁴ Selon le rapport présenté au Sénat (F. Guégot, *Assemblée Nationale, Rapport* n° 4411 [enregistré le 28 févr. 2012], p 26 – J.-P. Sueur J.-P. Sueur, *Rapport* n° 448, Session ordinaire de 2011-2012 [Enregistré à la Présidence du Sénat le 29 févr. 2012], p 14), (<http://www.senat.fr/rap/111-448/111-4481.pdf>) : l'action instituée par le nouvel article L. 631-10-1 tiendrait de l'action en comblement de passif en cas de liquidation judiciaire.

règles relatives à cette procédure. Elle n'intéresse ni la procédure de sauvegarde, afin de ne pas décourager le débiteur à solliciter l'ouverture de celle-ci, ni la procédure de liquidation, déjà sanctionnée par l'action en comblement de passif (dont l'article L. 651-4 du Code de commerce¹²⁹⁵ autorise d'ailleurs la prise de la mesure qu'il instaure en la matière¹²⁹⁶).

De même, selon le rapport présenté au Sénat sur cette réforme, la faute imputable au dirigeant n'est pas nécessairement une faute de gestion. L'action ordinaire de la responsabilité en droit des sociétés, qui suppose l'existence d'une faute personnelle du dirigeant, peut donner lieu à cette mesure¹²⁹⁷.

Dans le cas des groupes de sociétés, cette nouvelle extension de la mesure conservatoire permettra au tribunal compétent de saisir les biens dont dispose la société mère dirigeante de droit ou de fait en possession de sa filiale française en attendant qu'il soit statué sur sa responsabilité civile¹²⁹⁸. On peut citer à titre d'exemple, une filiale qui exerce son activité grâce à des machines mises à sa disposition par sa mère dirigeante de droit ou de fait, ou qui transforme les marchandises appartenant à cette dernière ou qui détient des stocks de pétrole de sa mère.

664. Par ailleurs, s'agissant du droit libyen, l'action en comblement de passif a été régie par une règle générale et deux dispositions particulières. Ainsi, selon l'article 20 du Code de commerce, applicable à toutes les sociétés qu'elles soient civiles ou commerciales, « si l'insuffisance d'actifs résulte de lourdes fautes de gestion, les dirigeants répondent des dettes sociales en totalité ou en partie, chacun selon sa participation dans ces fautes ». Selon cet article, une faute légère, même contributive à l'insuffisance d'actif, ne peut faire peser sur les dirigeants une obligation de combler le passif social. Le pouvoir du juge s'avère de même assez restreint : les dettes impayées par la société doivent être imputées

¹²⁹⁵ Aux termes de cet article « le président du tribunal peut, dans les mêmes conditions (celles prévues à l'alinéa 1), ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants visés à l'alinéa qui précède ».

¹²⁹⁶ Voir J-P. Legros, *Mesures conservatoires : le décret d'application de la loi dite « Petroplus » du 12 mars 2012*, *dr. soc. janv. 2013, comm. 13*. Selon l'auteur, les mesures conservatoires supposent soit une action en extension de procédure fondée sur la confusion des patrimoines ou la fictivité dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation, soit une action en responsabilité intentée à l'encontre d'un dirigeant de droit ou de fait. Dans l'hypothèse d'une procédure de liquidation, « il s'agit d'une action en comblement de passif qui autorise déjà la prise de mesures conservatoires (C. com., art. L. 651-2 et L. 651-4). La loi du 12 mars 2012 introduit une nouvelle action en responsabilité à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait auteurs de fautes ayant contribué à l'état de cessation des paiements. L'introduction de cette action justifie le recours à une mesure conservatoire ».

¹²⁹⁷ Voir La faute détachable de l'exercice des fonctions sociales, *supra*, n°, p.

¹²⁹⁸ J-P. Legros, *Mesures conservatoire et responsabilité du dirigeant*, *dr. soc. n°5, mai 2012, comm. 87*.

aux dirigeants en proportion de leur participation dans la faute de gestion¹²⁹⁹. Cette disposition n'est pas transposable à la société anonyme, régie par les articles 185 et 186 du Code de commerce introduisant en la matière une solution différente. Aux termes du premier « le président et les membres du conseil d'administration sont tenus pour responsables à l'égard des créanciers de la société, de toute inobservation de leurs devoirs relatifs à la sauvegarde de l'intégralité de l'actif social. Les créanciers ont le droit d'intenter une action en responsabilité lorsque l'actif social disponible est inférieur au passif exigible ou si la société est en faillite. Dans ce dernier cas, l'action doit être présentée par le liquidateur judiciaire. Les créanciers maintiennent leur droit d'actionner le président et les membres du conseil d'administration même si la société les a exonérés de responsabilité ou s'est arrangée avec eux ». Selon l'article 186 « les précédentes règles n'empêchent pas l'associé ou les tiers victimes de préjudices issus des actions fautives ou frauduleuses du conseil d'administration de demander à celui-ci leur réparation ».

Ces dispositions appellent trois observations. D'une part, la faute de gestion imputée au dirigeant n'a pas de caractéristique particulière. Tout manquement, même léger, à la sauvegarde de l'actif social et toute action fautive ou frauduleuse peut engager les dirigeants en comblement de passif social. D'autre part, l'article 185 ne prévoit pas de règle particulière autorisant le juge du fond à imposer la solidarité entre les dirigeants fautifs. Cette omission implique néanmoins l'application de la règle générale prévue à l'article 20. De plus, cet article n'introduit pas de dispositions particulières relatives au préjudice invoqué par le tiers victime. Ce dernier peut assigner les dirigeants en comblement de passif social. Le dommage issu de la faute de gestion doit à cet égard porter sur l'insuffisance d'actif. Cette exigence émane en réalité du fait que le droit libyen ne sanctionne les dirigeants fautifs que lorsque la société est en difficulté. Lorsqu'il s'agit cependant d'une société *in bonis*, l'article 186 du Code de commerce doit s'appliquer, lequel implique la responsabilité des membres du conseil d'administration sans pour autant exiger une spécificité portant sur la faute ou le préjudice. Ce sont dès lors les règles générales de la responsabilité civile régie par l'article 166 du Code civil¹³⁰⁰ qui doivent s'appliquer. De même, ni le Code de commerce ni la jurisprudence ne demande en l'état

¹²⁹⁹ Comp. l'article L. 651-2 du Code de commerce français.

¹³⁰⁰ Aux termes de cet article, « *quiconque commet une faute, quelle qu'elle soit, causant un préjudice à autrui est tenu de verser une réparation* ».

que la faute imputée aux dirigeants soit détachable des fonctions sociales¹³⁰¹. Jusqu'à présent, les juridictions n'ont encore eu aucune occasion pour se prononcer sur cette question.

665. Par ailleurs, face aux inconvénients de l'action en comblement de passif¹³⁰², les créanciers de la filiale pourraient poursuivre ses dirigeants sur le fondement d'autres régimes de responsabilité civile, plus souples dans leur fonctionnement et plus efficaces dans l'indemnisation. Le cumul d'actions est concevable dans plusieurs hypothèses. Ainsi, d'une part, il est envisageable que la faute de gestion qui amène à l'insuffisance d'actif soit détachable des fonctions des dirigeants fautifs en raison de sa gravité particulière ou de son caractère intentionnel. Les créanciers ont donc un intérêt tout particulier à se retourner contre ces dirigeants *in solidum*, en s'appuyant sur la responsabilité qui découle de cette faute pour réclamer la réparation totale. D'autre part, selon la jurisprudence française, la faute de gestion peut être établie à l'encontre d'un dirigeant à l'origine d'une confusion de patrimoine entre lui et la société ou entre plusieurs sociétés. Dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française, rendu le 14 juin 1977¹³⁰³, les magistrats ont confirmé la condamnation d'un dirigeant à combler une partie de l'insuffisance d'actif issue de la confusion du patrimoine de trois sociétés. Selon les termes de cette décision, ne pas distinguer les patrimoines des sociétés en cause constitue une faute de gestion.

666. Sous l'empire de la loi française du 13 juillet 1967, le cumul avec les actions fondées sur le droit commun était admis¹³⁰⁴. Les créanciers d'une filiale en liquidation judiciaire pouvaient se retourner contre ses dirigeants sous fondement de l'article 1382 du Code civil (responsabilité délictuelle). Toutefois, la Cour de cassation par une série d'arrêts pris en 1995, opérant un revirement de jurisprudence, a refusé tout cumul de l'action en comblement de passif avec la responsabilité en droit commun. Elle a affirmé que la recherche cumulative de la responsabilité du dirigeant fautif sur le fondement des articles

¹³⁰¹ Comp. la règle dans la jurisprudence française, op. cit

¹³⁰² Au sens de l'article L.651-2 du Code de commerce, les créanciers n'ont pas à agir à titre individuel contre les dirigeants fautifs. Et les juges disposent d'un pouvoir souverain à l'égard de l'action intentée : d'une part, même avec l'existence d'une faute de gestion, ils ne sont pas obligés de donner suite favorable à cette action, car ledit article utilise dans ses dispositions le verbe "pouvoir" et non "devoir" : « *le tribunal peut, en cas de faute de gestion...* ». D'autre part, les juges disposent également d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'évaluation du montant de l'insuffisance d'actif devant être supporté par les dirigeants. Ils ne sont pas obligés de mettre à la charge de ces dirigeants tout ce montant, ni de les contraindre *in solidum* à combler le passif social. Cette souplesse législative procure ainsi aux juges du fond la possibilité de faire preuve de prudence dans leur condamnation des dirigeants.

¹³⁰³ Cass. com. 14 juin 1977, *Della Vallé c/Gourdain*, Bull. civ. IV, n°169.

¹³⁰⁴ Cass. com. 8 nov. 1982, Bull. Civ. IV, n°338.

180 et 52 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 était impossible¹³⁰⁵. Aujourd'hui, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 (ayant supprimé l'obligation aux dettes sociales), demeure la seule action dite en comblement de passif, dont le champ est par ailleurs désormais limité à la liquidation judiciaire (C. com. art. L. 651-2)¹³⁰⁶.

II- La faillite personnelle des dirigeants de la filiale

667. Certaines fautes sont de nature à exposer les dirigeants à des sanctions professionnelles. Le Code de commerce permet de prononcer à l'encontre de ceux-ci la faillite personnelle. Cette sanction, énoncée aux articles L. 653-1 et suivants, ne s'adresse qu'aux dirigeants personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales¹³⁰⁷. Elle envisage de façon générale l'application de mesures civiles à l'égard des dirigeants sociaux malhonnêtes, qui par leurs agissements fautifs, ont conduit la société à sa perte¹³⁰⁸. Elle est strictement attachée aux actes de gestion des dirigeants et est indépendante de toute sanction pénale comme dans le cas de la banqueroute. Le prononcé de cette sanction suppose l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire¹³⁰⁹ ; il n'est pas suffisant que la personne morale soit en difficulté. Les faits qui méritent cette

1305 Elle déclara dans ce sens que «*lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires d'une société à responsabilité limitée fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des art. 180 et 183 de la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985, qui ouvrent, aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles de l'art. 52 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 ; Il s'ensuit qu'un créancier est irrecevable à exercer contre le gérant, à qui il impute des fautes de gestion, l'action en réparation du préjudice résultant du non-paiement de sa créance* ».

1306 Voir dans la jurisprudence : CA Angers, ch. com., 10/01990 - 18 oct. 2011 ; CA Aix-en-Provence, ch. 08 A - 10/08356 - 10 nov. 2011 ; CA Angers. Com. 10/01990, 18 oct. 2011 : dans cette affaire, la Cour d'appel reprocha aux juges du fond d'avoir rejeté l'action en responsabilité fondée sur le droit commun en estimant à tort que cette action heurte le principe du non cumul avec l'action en comblement de passif, alors que la société en cause n'est pas en liquidation. La Cour de cassation constate que l'action en comblement de passif, prévue par l'article L. 651-2 du Code de commerce, suppose que la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif. La prohibition de cumul n'a pas ainsi lieu lorsque la société est soumise à une procédure de sauvegarde ou de redressement. Elle déclara dans ses attendus que : «*toute possibilité d'agir sur ce fondement est exclue au cas d'espèce puisque la clinique a simplement fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, qui a permis l'adoption d'un plan de redressement qui est exécuté sans défaillance, ce qui ne permet pas de relever une insuffisance d'actif* ».

1307 La source de cet article se trouve dans la loi du 25 janv. 1985 (aujourd'hui codifiée) qui, dans la continuité de la loi du 13 juillet 1967, prévoit des sanctions personnelles applicables aux dirigeants. Voir S. Hadji-Artinian, *op. cit.*, n°1086, p.335. Avant la réforme de 2005, ladite loi (du 25 janv. 2005) visait les personnes physiques dirigeantes de droit ou de fait d'une personne morale ayant une activité économique ainsi que les représentants des personnes morales (anc. C. com., art. L. 625-1). La restriction a disparu en 2005 : sont dorénavant concernés les dirigeants de toute personne morale de droit privé, ayant ou non une activité économique (voir, J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté, sous la direction de P. Roussel Galle, LexisNexis, 2012, Dr. 360°, n°1714 et s., p. 772 et s.*

¹³⁰⁸ Cf. J-P. Legros (*idem*).

¹³⁰⁹ J. Monnet, *Sociétés anonymes, conseil d'administration, pouvoirs du président, fonctionnement et pouvoirs du conseil, responsabilité des membres du conseil, JurisClasseurCommercial, 15 déc. 2009* : «*Le prononcé d'une faillite personnelle ne peut intervenir qu'à l'occasion d'une procédure de redressement ou de liquidation, à la demande du mandataire judiciaire, du liquidateur ou du ministère public (ou de la majorité des créanciers nommés contrôleurs en cas d'inaction du mandataire judiciaire)* ».

sanction doivent être prévus par des textes législatifs. L'article L. 653-4 du Code de commerce prévoit en ce sens que le tribunal peut prononcer la faillite personnelle de tous les dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale qui auront :

- disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ;
- fait des actes de commerce dans un intérêt personnel sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ;
- fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;
- poursuivi abusivement dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;
- détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale.

Le tribunal peut également prononcer la faillite personnelle des dirigeants qui n'auront pas acquitté les dettes mises à leur charge suite à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (C. com. art. L. 653-6).

En outre, l'article L. 653-3 du Code de commerce énumère six cas de faillite communs à tous, exploitants individuels, y compris l'entrepreneur à responsabilité limitée et les dirigeants. Sont visés ceux qui auront :

- exercé une activité commerciale, artisanale ou agricole ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi ;
- fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ;
- souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale ;
- payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers ;
- fait obstacle au déroulement de la procédure collective en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure ;
- fait disparaître des documents comptables, ne pas avoir tenu de comptabilité lorsque les

textes applicables en font obligation, ou avoir tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables.

668. De même, la sanction pénale de la banqueroute prévue à l'article L. 654-3 du Code de commerce¹³¹⁰ peut mener à la faillite personnelle. Le tribunal correctionnel qui prononce cette sanction peut, à titre de peine complémentaire, décider de la faillite personnelle de ce dirigeant. Selon la jurisprudence, toute demande de faillite personnelle ne se fondant pas sur l'un des cas précédents n'est pas recevable. Une illustration de cette jurisprudence est fournie par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 27 février 2007¹³¹¹. Dans cette affaire, la Cour de cassation a reproché à une Cour d'appel d'avoir retenu, pour prononcer la faillite personnelle des dirigeants, que « selon le rapport du liquidateur, la comptabilité semble avoir été tenue mais n'a jamais été remise et est donc incomplète ou soustraite. En statuant ainsi, alors que le défaut de remise de comptabilité n'est pas un fait de nature à justifier le prononcé de la faillite personnelle, la cour d'appel a violé les articles L. 624-5, 5° et 7° et L. 625-4 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises».

669. En tout état de cause, la faillite personnelle entraîne différents effets à l'égard du dirigeant failli dont trois principaux. Ainsi, selon l'article L. 653-2 du Code de commerce, la faillite personnelle entraîne « interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute activité indépendante et toute personne morale¹³¹² ». Selon l'article L. 653-9 du même Code, la faillite personnelle implique la limitation de l'exercice du droit de vote du dirigeant-associé dans les assemblées de la société en redressement ou en liquidation judiciaire. Ce droit ne peut s'exercer que par le biais d'un mandataire désigné à cet effet par le tribunal. De manière plus radicale, « le tribunal peut « exproprier » le dirigeant associé en ordonnant la cessation totale de ses parts et actions ». Selon l'article L. 653-10 du Code de commerce, « le tribunal qui prononce la faillite personnelle peut prononcer l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. L'incapacité est prononcée pour une durée égale à celle de la faillite

¹³¹⁰ Aux termes de cet article « la banqueroute est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ».

¹³¹¹ Cass. Com. 27 févr. 2007, n° 05-21.795, D. 2007. AJ 1021, note Lienhard.

¹³¹² L'interdiction s'applique également à la gérance des sociétés civiles (V. CA Douai, 2e ch. A, 1er juill. 1999; Rev. proc. coll. 2000, p. 225, obs. A. Martin-Serf.).

personnelle, dans la limite de cinq ans. Lorsque la décision est devenue définitive, le ministère public notifie à l'intéressé l'incapacité qui produit effet à compter de la date de cette notification ».

670. Néanmoins, même n'intéressant pas la société mère dirigeante de sa filiale en raison de sa personne morale, le régime de la faillite personnelle n'est pas sans avantage pour les créanciers de cette dernière. En effet, comme nous l'avons constaté à plusieurs reprises, les dirigeants d'une filiale, nommés à l'initiative de la société mère, sont souvent placés sous une double influence : à l'égard de leur société, ils sont, en principe, de véritables dirigeants ; mais à l'égard de cette dernière, ils n'apparaissent d'ordinaire que comme de simples exécutants de ses directives : ils occupent un rôle lié plutôt à l'intérêt du groupe qu'à celui de leur société. Comme C. Malecki l'a laissé entrevoir¹³¹³, dans cette hypothèse, ces dirigeants sont plutôt dans la situation d'un préfet. Ils exercent dans des conditions de plus en plus larges un pouvoir propre de décision. Mais ils dépendent du pouvoir central du gouvernement du groupe dont ils sont les représentants. Le risque qu'implique cette situation incommode consiste en ce que la société mère exerçant une influence dominante sur ses filiales tende à priver ces dernières d'une contrepartie équitable.

On pourrait pallier ce risque en affirmant que la faillite personnelle est encourue d'une manière indifférente par les dirigeants de droit ou de fait, liés à une société isolée ou une société membre d'un groupe. Même dans l'hypothèse où la société mère dispose elle-même d'un poste de dirigeant, sa mise à l'abri n'implique pas celle de son représentant. Selon l'article L. 225-20 du Code de commerce, le représentant permanent d'une personne morale dirigeante ou administratrice encourt la même responsabilité que celle du dirigeant, personne physique. Il en ira de même pour les dirigeants de cette société, susceptibles d'être la cible de cette sanction dans la mesure où ils pourraient assumer, par leur immixtion dans la direction ou la gestion de la filiale, la qualité de dirigeant de fait¹³¹⁴.

¹³¹³ Voir C. Malecki, *Les dirigeants des filiales, article précité*.

¹³¹⁴ Voir encore J-P. Legros, *Sanctions patrimoniales et professionnelles, op. cit.*, n°1727, p. 776.

Section II : La protection des créanciers contre la société mère, fondatrice ou associée de sa filiale

671. En tant qu'associée majoritaire, la société mère dispose de pouvoirs souverains, dont l'exercice peut induire des effets préjudiciables au patrimoine de sa filiale. Il s'agit des prérogatives définies par la loi et exercées aux assemblées générales, ou selon une autre modalité en fonction de la forme sociale de la filiale. Dans la société anonyme, il relève de l'assemblée générale extraordinaire d'exercer plusieurs pouvoirs consistant notamment en la modification des statuts. Cet exercice donne en pratique lieu à un changement notable touchant des aspects essentiels de la filiale, tels : l'objet, le capital, le nom, le siège, voire la personnalité morale elle-même. Des résolutions compromettant l'intérêt de la filiale peuvent être déterminées par la société mère, ainsi : la reprise d'apport, la fusion, la transformation, la scission, ou la dissolution. Il est en effet envisageable qu'un dépôt de bilan de la filiale soit intervenu sur décision de la société mère dans des conditions non-objectives lorsque la mise en liquidation a été décidée pour porter sciemment un préjudice aux tiers. De même, une filiale *in bonis*, liée avec ses clients par des contrats à longue durée, peut se voir cédée ou absorbée par une société en difficulté. Une filiale à risque illimité peut également être transformée en société à risque limité, ce qui affecte sensiblement le gage juridique de ses créanciers. À cette série d'hypothèses, il faut ajouter celle où la société mère, au moyen des droits de vote dont elle dispose dans les assemblées générales de sa filiale est en mesure de déterminer les résolutions de ces assemblées. Cette position lui confère un pouvoir de fait à l'égard des dirigeants de cette dernière, auxquels elle pourrait adresser des directives et imposer des actes relatifs aux objectifs du groupe.

672. En outre, la faute imputée à la société mère peut remonter à la création de la filiale. Il se peut en effet que le capital investi dans la filiale soit manifestement insuffisant pour assurer l'exercice de l'activité projetée, de telle sorte qu'une procédure collective de liquidation soit ouverte à l'encontre de cette filiale. Il arrive également que l'apport présenté par la société mère à sa filiale soit en industrie et que sa valeur soit surestimée, si bien qu'elle donne une image virtuelle de l'actif social¹³¹⁵. Dans tous ces cas, la question se

1315 L'apport en industrie est concevable en droit français pour les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple ou par action, (sous réserve qu'elles ne proviennent pas des associés commanditaires, C. com., art. L.222-1, al. 2) et les sociétés à responsabilité limitée (C. com., art. L.223-7, al. 2). Pour les sociétés par actions simplifiées, c'est à partir du 1^{er} janvier 2009 que la loi admet ce type d'apport. Désormais, les associés peuvent mettre à la disposition de la société leur connaissance technique ou leur service et recevoir des actions en contrepartie de cette contribution (loi 2008-776 du 4 août 2008 art. 59, II). Mais ce type d'apport est exclu pour la société anonyme. En droit libyen, l'apport en industrie est également possible pour

pose de savoir si les créanciers de la filiale, victimes de tels agissements, peuvent se retourner contre la société mère.

La réponse ne soulève pas de difficultés lorsqu'il s'agit d'une filiale à risque illimité (SNC, SCS, SC) dont les associés sont tenus indéfiniment et solidairement au passif social¹³¹⁶. Les créanciers de la filiale n'ont pas à rechercher la faute personnelle de la société mère pour engager sa responsabilité. Par conséquent, la procédure collective ouverte à l'encontre de la filiale doit être étendue à la société mère en qualité d'associé personne morale de droit privé¹³¹⁷.

673. Cependant, la réponse s'avère plus difficile lorsqu'il s'agit d'une filiale à risque limité, car les associés ne supportent le passif social qu'à concurrence de leurs apports. Les créanciers n'ont en principe vocation à revendiquer leurs créances à la société mère que dans la limite de son apport. Le législateur français ne prévoit pas de règles générales purement relatives aux sociétés membres d'un groupe. Même dans l'hypothèse de fictivité ou de confusion de patrimoines, l'article L. 621-2 du Code de commerce s'applique de manière générale à tout associé ou dirigeant que ce soit personne physique ou morale.

Néanmoins, comme la responsabilité civile découle toujours de l'exercice fautif des pouvoirs, la société mère en tant qu'associée peut être poursuivie en raison de sa faute commise à l'occasion de la constitution de sa filiale (1^{ère} sous-section), ou dans l'exercice de ses pouvoirs au sein des assemblées générales de celle-ci (2^e sous-section).

toutes les sociétés commerciales et civiles. Voir sur le droit français, A. Charvériat et alter, *Mémento Pratique Francis Lefebvre, sociétés commerciales 2011*, n°3160, p.79.

¹³¹⁶ Voir J-P. Legros, *Sociétés et droit des entreprises en difficulté : liquidation de la société*, sous la direction de Ph. Roussel Galle, LexisNexis, droit 360, n°307, p.130 : « l'ouverture de la procédure collective de la personne morale oblige le tribunal à ouvrir une procédure collective à l'encontre de tous les associés ou membres tenus indéfiniment et solidairement pour responsables du passif social (essentiellement associés en nom et commandités, associés de SCP et membre d'un GIE).

¹³¹⁷ Il est à souligner que la jurisprudence distingue pour le sort des associés à risque illimité entre l'associé personne morale et celui personne physique. Comme le signale J-P. Legros (*Sociétés et droit des entreprises en difficulté*, op.cit., n°313, p.132) : « dans le premier cas, la procédure collective est envisageable en tant que personne morale de droit privé à condition d'être en état de cessation de paiement. Il importera peu que la société en nom se livre à une activité commerciale ou civile. Dans le second cas, l'associé personne physique est exclu du domaine des procédures collectives comme de la procédure de surendettement des particuliers en raison du caractère professionnel de ces dettes, sauf à réserver l'hypothèse où il exerce une autre profession relevant du champ d'application du droit de la faillite » ; voir aussi P. Cagnoli et K. Sahli, *La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives d'entreprises* : Rev. proc. coll. 2009, n°4, p.16 ; CA Paris, pôle 5, ch. 8, 6 juill. 2010, n°10/03837 : JurisData n°2010-014283.

Sous-section I : La protection des créanciers contre la société mère fondatrice

674. Le risque que les créanciers d'une filiale peuvent encourir émane en fait de trois situations : d'abord, le capital consacré à l'objet social de la filiale peut être manifestement insuffisant, qu'une faute puisse être établie à l'encontre de la société mère fondatrice. Ensuite, il se peut que la filiale après sa création refuse des engagements pris pour son compte lors de sa formation, ce qui pose la question sur le sort de ces engagements. De plus, la filiale peut encourir la nullité imputable à sa mère, laquelle est à l'origine d'un préjudice subi par des tiers.

I- La faute caractérisée par l'insuffisance du capital de la filiale

675. La filiale peut être créée sur des bases financières trop fragiles au regard du volume de l'activité et des besoins de financement de celle-ci. Cette situation est souvent consécutive à une fraude. Il arrive, en effet, que cette société soit constituée dans le seul but de masquer des agissements frauduleux de sa mère qui entend : poursuivre une activité économique en se cachant derrière l'apparence de la filiale ; ou obtenir un crédit bancaire au nom de cette société au lieu de s'exposer aux poursuites de ses créanciers ; ou partager des risques financiers entre ses filiales réelles en imputant certains à la charge de la filiale fictive¹³¹⁸. Dans ces hypothèses, le capital investi dans la filiale est tellement modique qu'on pourrait qualifier celle-ci de fictive. La jurisprudence en vigueur sanctionne par la nullité cette situation de fictivité, retenant la responsabilité personnelle et indéfinie de la société mère, maître de l'affaire. De même, la faiblesse du capital pourrait résulter d'une erreur d'estimation des exigences financières que nécessite l'activité sociale, d'autant plus que la loi n'exige pas, pour certaines sociétés, l'existence d'un montant minimum du capital¹³¹⁹. Cette insuffisance ne pose pas de problèmes si la forme adoptée pour la filiale est celle d'une société à risque illimité puisque la société mère reste garante du bon fonctionnement de sa filiale. L'inexécution des obligations de la filiale implique de plein droit la responsabilité indéfinie et solidaire de la société-mère. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une filiale à risque limité, la question reste posée, faute de règle particulière. Les Codes de commerce français et libyen ne reconnaissent pas expressément aux créanciers d'une

¹³¹⁸ Voir S-M. Ghanam, *op. cit.*, p.162.

¹³¹⁹ C'est le cas pour toutes les sociétés à risque illimité (SNC, SCS, SC), et certaines sociétés à risque limité, ainsi la SARL dont le capital peut être fixé librement par les statuts, aucun taux minimal n'étant prévu (C.com. Art. L.223-2), et la SAS dont, depuis la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008, le montant du capital est fixé librement dans les statuts (C.com., art. L. 227-2).

société déficitaire un droit de recours contre son associé fondateur, la société mère en l'espèce. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'a pas vocation à s'appliquer puisqu'elle ne vise que les dirigeants fautifs.

676. Un certain nombre d'arrêts se sont dès lors appuyés sur la faute de gestion pour indemniser les créanciers de la société dont le capital est insuffisant. La Cour de cassation a également admis que la gestion ne se limitait pas à l'exploitation et que les faits reprochés pouvaient être antérieurs à ladite exploitation¹³²⁰. La création d'une société qui ne peut produire que des pertes constitue pour les fondateurs une faute de gestion susceptible d'entraîner leur responsabilité face aux créanciers¹³²¹. Dans un arrêt rendu le 20 octobre 1983, la Cour d'appel de Rouen¹³²² a retenu la responsabilité d'animateurs d'une SARL créée avec un capital insignifiant, qui a rapidement déposé son bilan. Ses animateurs ont ainsi été poursuivis pour avoir constitué une entreprise au capital insuffisant. La Cour a jugé en ce sens « qu'il apparaît à l'évidence que l'extrême modicité du capital social portait en elle-même les germes des difficultés qui allaient être révélée aux associés dès leur première assemblée générale...; que la mise en fonctionnement de la société dans de telles conditions témoigne d'une légèreté certaine ; que l'audace à entreprendre, louable en soi, devient imprudence fautive si elle n'est pas suivie par de rigoureuses qualités de gestion appliquées à un minimum de moyens ».

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence¹³²³ a également condamné un entrepreneur intrépide qui avait créé une SARL au capital nettement insuffisant et dont il est devenu le gérant. La société ayant dû déposer le bilan deux mois et dix jours après sa constitution, il a été jugé que la création dans de telles conditions aventureuses d'une société inévitablement vouée à l'échec constituait une faute de gestion justifiant la condamnation du gérant à combler le passif social. De même, La Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 mars 1996, a retenu l'existence d'une faute de gestion en raison d'imprudences commises lors du choix de l'activité économique et du financement de l'investissement originel. Selon cette décision, « peut constituer une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif au sens de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, le choix, lors de la création d'une entreprise, d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs

¹³²⁰ Voir J. Monnet, *op. cit.*, n° 117.

¹³²¹ CA Paris - ch. 01 P - 07/08711 - 22 juin 2007.

¹³²² CA Rouen, 20 oct. 1983, *Rev. soc.* 1984, p. 764, note Legrand, *D.* 1985, jur. p. 161, note Daigre.

¹³²³ CA Aix-en-Provence, 16 mai 2001 : *BRDA* 3/2002, n°7.

conditions prévisibles de financement¹³²⁴ ». La Cour a constaté que l'activité projetée par les fondateurs ne correspondait pas au montant du capital investi si bien que la société est devenue incapable de répondre à ses dettes. Dans un autre arrêt rendu le 23 novembre 1999, cette même Cour a précisé que « commet une faute de gestion le gérant d'une SARL qui crée une société sans apporter de fonds propres suffisants pour assurer son fonctionnement dans des conditions normales et poursuit l'activité de la société sans prendre aucune mesure pour remédier à cette insuffisance de fonds propres¹³²⁵ ».

677. La jurisprudence a, dès lors, étendu la notion de faute de gestion à la faute commise lors de la constitution de la société. Une société mère peut être tenue de combler le passif de sa filiale déficitaire si l'insuffisance d'actif est engendrée par l'insuffisance du capital consacré à l'activité de celle-ci. Son agissement fautif, même réalisé avant la mise en exploitation du patrimoine de la filiale, doit être qualifiée de faute de gestion. Cette interprétation ne peut à notre avis échapper à la critique, car la qualité de fondateur n'est pas en lien indissociable avec celle de dirigeant : les associés peuvent attribuer la direction sociale à d'autres personnes non fondatrices. La mise en cause des dirigeants pour une faute commise par ces dernières ne semble pas suffisamment juste. Comme la Cour d'appel d'Aix-en-Provence¹³²⁶ l'a démontré dans un arrêt, les fautes de gestion ne peuvent être commises « qu'à partir du moment où le patrimoine social est en état d'être exploité... s'il y a fautes, il ne s'agit tout au plus que d'imprudences commises lors du choix de l'activité économique de l'entreprise et dans le financement de l'investissement initial et qu'aucune faute n'a eu lieu au stade de l'exploitation proprement dit ».

678. De ce fait, il convient d'introduire dans les Codes de commerce français et libyen une disposition particulière à la responsabilité des associés fondateurs permettant de mettre en cause leur responsabilité pour faute accomplie pendant la période antérieure à l'immatriculation de la société. On peut en la matière s'inspirer de l'article 456-4 du Code des sociétés belge¹³²⁷ qui retient la responsabilité des associés-fondateurs des engagements de la société prononcée faillie dans les trois ans de sa constitution si le capital social de départ était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée

1324 Cass. com. 94-12.004 - 19 mars 1996 – Bull. 1996 IV N° 91 p. 77.

1325 Cass. com. 23 nov. 1999.

1326 CA. Aix-en-Provence 9 déc. 1993.

1327 Aux termes de cet article « Les fondateurs sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire : prononcée dans les trois ans de la constitution, si le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins. Le plan financier prescrit par l'article 440 est dans ce cas transmis au tribunal par le notaire, à la demande du juge-commissaire ou du procureur du Roi ».

pendant au moins deux ans. Les conditions sont donc au nombre de deux : capital manifestement insuffisant pour assurer l'exercice de l'activité projetée pendant deux ans au moins et faillite prononcée dans les trois années de la constitution. Le demandeur ne doit pas démontrer un lien de causalité entre la faillite et insuffisance manifeste du capital. En ce qui concerne la sanction, la loi donne au juge un large pouvoir d'appréciation : il lui appartient de fixer la proportion du passif qui sera mis à charge des fondateurs. Cette action appartient bien sûr au curateur et à tout créancier. On peut également adhérer à l'idée de L. Godon¹³²⁸, en souhaitant que la Cour de cassation arrive un jour prochain à consacrer, au travers d'une faute personnelle d'un associé, expressément l'existence d'un devoir de loyauté à la charge des associés. Ce devoir deviendrait un fondement juridique autonome de condamnation des associés, imprégné en l'occurrence du concept d'*affectio societatis* ou de celui d'intérêt commun.

II- Refus par la filiale des engagements pris lors de sa formation

679. Selon la règle en vigueur, la naissance de la personnalité coïncide avec la date d'immatriculation de la société au registre de commerce. Cette règle pose toutefois une difficulté : un temps plus ou moins long peut s'écouler entre la signature des statuts et cette immatriculation. Pendant cette période, la société mère fondatrice peut procéder à certaines dépenses relatives à la création de sa filiale : location de bureau pour l'installation du siège social, embauche du personnel, achat de matériel, ouverture d'un compte bancaire, etc. Elle pourrait également mettre en œuvre l'activité de sa filiale avant toute immatriculation. Or, faute de celle-ci, la filiale n'a pas encore de personnalité juridique, et conséquemment capacité juridique pour recevoir les engagements issus de ces actes. La question intéresse la protection des contractants avec la filiale en formation : sont-ils en mesure de demander leur créance à la société-mère fondatrice, ou doivent-ils attendre l'immatriculation de la filiale ?

680. En droit français, les personnes qui agissent pour le compte d'une société en formation en vue de lui faire acquérir des participations dans le capital d'autres sociétés, ne pourront l'en astreindre que sous certaines conditions, à savoir l'immatriculation de cette société dans le registre du commerce et la reprise expresse par elle des engagements¹³²⁹. La société mère fondatrice de sa filiale demeure à cet égard engagée, non seulement durant la

1328 L. Godon, *Affirmation de la faute personnelle de l'associé, distincte de la faute de l'organe social dont il est membre. Précisions quant au critère de la faute personnelle et quant au fondement juridique de la condamnation*, Note sous Cour de cassation (com.) 22 nov. 2005 (2 arrêts), *Rev. soc.* 2006, p.526.

1329 Voir M. Germain et J-P. Legros, *Travaux dirigés*, op. cit., p.2

période de formation de celle-ci, mais aussi après son immatriculation tant que les actes conclus n'ont pas été repris par elle. Pour autant, l'engagement passé par la société mère fondatrice pour le compte de sa filiale en formation peut être ratifié par un mandat donné par ses coassociés avant l'immatriculation de cette filiale, lequel emporte reprise de ces engagements par la filiale. Selon la Cour de cassation¹³³⁰ un mandat postérieur à l'engagement peut être consenti, dans les statuts ou par un acte séparé, à un futur associé ou au gérant non associé. Si ce mandat est suffisamment précis dans son objet, l'immatriculation de la société emportera d'office la reprise des engagements sous réserve que le mandataire ait déclaré agir au nom et pour le compte de la société en formation. Cette solution est justifiable selon J-P. Legros pour toutes les sociétés en formation sur le fondement de l'article 1998 du Code civil qui prévoit que le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà des pouvoirs du mandataire qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement¹³³¹.

681. D'ailleurs, la règle en droit libyen semble quelque peu similaire. En effet le nouveau Code de commerce établit en l'occurrence une règle commune à toutes les sociétés en formation consistant en l'article 25-2 selon lequel « après son immatriculation, la société en formation peut décider de reprendre les actes conclus par ses fondateurs à l'occasion de sa constitution ».

On peut néanmoins émettre deux observations à ce propos : d'une part, cet article n'a pas identifié l'autorité sociale compétente pour prendre une telle décision, ce qui pose la question de savoir si celle-ci est l'assemblée générale ou les dirigeants. D'autre part, la reprise des actes n'est pas automatique comme c'était le cas dans l'ancien Code de commerce. En effet, ce nouveau Code emploie le verbe "pouvoir" en faveur de la société en formation, alors que l'ancien utilisait (dans son article 494¹³³²) le verbe "devoir" pour obliger celle-ci, après son immatriculation, à reprendre les actes conclus pour sa création. La commission libyenne du droit commercial s'est approchée de la règle prévue en droit français (art. L.210).

1330 Cass. com. 1^{er} juill. 2008.

1331 J-P. Legros, *Reprise d'un acte d'une société en formation, note sous cassation (com) 1^{er} juill. 2008, Valax c/ Perche, Revue de sociétés 2009, p.323*

1332 Au sens de cet article, la reprise des engagements par la société est automatique tant qu'elle sert sa constitution ou a été ratifiée par son assemblée générale.

III- L'annulation de la filiale imputable à la société mère fondatrice

682. La faute imputée à la société mère fondatrice peut reposer sur l'inobservation des conditions liées à la constitution de sa filiale : un défaut ou une fausseté des mentions obligatoires dans les souscriptions ou les statuts¹³³³. Bien que le législateur ait écarté la nullité de la société par l'action de régularisation prévue à l'article 1839 du Code civil et L. 210-7 du Code de commerce (anciennement L. 1966, art. 6, al. 2), cette faute peut donner lieu à une action en responsabilité civile en faveur du tiers¹³³⁴. Le dommage engendré au tiers est en effet tout à fait concevable dans la mesure où celui-ci peut accorder une grande attention à la mention absente ou irrégulière¹³³⁵. Ce type de responsabilité est prévu d'une manière générale aux articles 1840 du Code civil (relatif à la société civil) et L. 210-8 du Code de commerce (relatif aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique) qui instituent un régime particulier de responsabilité à la charge des fondateurs et des premiers membres des organes de gestion, de direction ou d'administration. Ainsi, selon l'article 1840 « Les fondateurs, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, de direction ou d'administration sont solidairement responsables du préjudice causé soit par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société ».

¹³³³ La notion de fondateur n'a pas été définie par le législateur de 1966, bien qu'il ait utilisé cette qualification à plusieurs reprises. Selon la jurisprudence dominante, cette qualité « suppose un intérêt personnel et une volonté autonome de participer à la constitution d'une personne morale et à la vie sociale ultérieure ». (CA Paris, 3e ch. A, 24 sept. 1991 : Bull. Joly 1992, [§ 168], p. 516, note J.-F Barbiéri.) ; voir aussi Cass. civ., 1er juill. 1930 : S. 1931, 1, 305, 1re esp., note G. Lagarde ; DP 1931, jurispr. p. 97, note J. Hamel ; Gaz. Pal. 1930, 2, jur. p.519 et sur renvoi CA Angers, 22 juill. 1931 : DH 1931, p. 545 : « si la qualité de fondateur doit être attribuée à « tous ceux qui ont concouru à l'organisation et à la mise en mouvement de la société, ce n'est qu'à la condition que la nature de ce concours permette de leur attribuer une part d'initiative dans les actes qui ont abouti à la création de l'entreprise, sous sa forme sociale, ou qu'ils aient prêté en connaissance de cause aux véritables promoteurs de la société une coopération assez directe, assez étroite et assez constante pour qu'elle implique d'elle-même une acceptation consciente des responsabilités inhérentes à la constitution du corps social ». La jurisprudence entend le terme « fondateur » de manière plus large lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la responsabilité fondée sur l'annulation de la société. Ont cette qualité ceux qui ont recueilli les souscriptions et pris une part active aux opérations préliminaires de constitution (Cass. req. 19 oct. 1886 : DP 1887, jurispr. p. 344. – 21 juill. 1890 : DP 1891, jurispr. p. 270), (voir, J-P. Legros, *Nullités des sociétés, sanctions des irrégularités de constitution*, JurisClasseur commercial, cote : 03,2003, Date de fraîcheur : 25 Octobre 2002).

¹³³⁴ Voir, J-P. Legros, *Nullités des sociétés, causes de nullité*, JurisClasseur Sociétés Traité, Cote : 05,2005, Date de fraîcheur : 23 Décembre 2004 : « Rappelons également que le défaut de mentions obligatoires dans les statuts ne peut donner lieu qu'à une action en régularisation fondée sur l'article L. 210-7 du Code de commerce (anciennement L. 1966, art. 6, al. 2). La nullité est écartée par la loi au profit d'un mécanisme de substitution destiné à faire disparaître l'irrégularité ».

¹³³⁵ Voir, R. Houin, *Les incapacités de défiance* : RTD com. 1947, p. 137 : « il ne semblait y avoir d'autre sanction qu'une éventuelle action en responsabilité civile exercée à l'encontre des fondateurs et des premiers organes de la société ».

Aux termes de l'article L. 210-8 : « Les fondateurs de la société, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société »¹³³⁶. Selon ces textes la responsabilité du/des fondateurs (la société mère en la matière) découle du préjudice occasionné au tiers par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts de la société, ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une des formalités prescrites pour la constitution de celle-ci¹³³⁷. Dans une filiale, s'il existe outre la société mère un ou plusieurs fondateurs, l'ensemble peut être déclaré solidairement responsable du dommage causé au tiers par le défaut ou l'irrégularité des mentions obligatoires. Cette lourde responsabilité des fondateurs trouve sa raison dans leur engagement à mener à bien la constitution de la société, obligation sur laquelle repose leur existence et par conséquent se justifie leur responsabilité¹³³⁸. Cette action réservée à la partie lésée se prescrit par tranches de dix ans à compter de l'accomplissement de l'une ou l'autre des formalités précédemment citées par l'article L. 210-7, alinéa 4¹³³⁹.

Quant aux formalités de publicité, elles sont prescrites à peine de nullité uniquement pour les sociétés commerciales de personnes. Aux termes de l'article L. 235-2 du code de commerce : « Dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société, de l'acte ou de la délibération, selon le cas, sans que les associés et la société puissent se prévaloir à l'égard des tiers, de cette cause de nullité ». Or, cet article ne comporte aucune disposition sur la responsabilité des fondateurs. Celle-ci doit alors reposer sur l'application du droit commun de la responsabilité civile, dont les principes généraux mènent à poursuivre la société mère à qui la nullité de la filiale revêtue de cette forme est imputable. Mais en tout état de cause, le tribunal a la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue, si aucune fraude n'est constatée à l'égard de cette société (C. com. art. L. 235-2 al. 2).

683. En outre, il existe des règles particulières à certaines sociétés commerciales qui

¹³³⁶ L'action en responsabilité exercée contre la société mère fondatrice de sa filiale en application de cet article et l'action en comblement de passif précédemment étudiée sont de nature différente, reposant sur des bases légales distinctes et sont exclusives l'une de l'autre. Voir en même sens, *CA. Dijon, ch. civ. 01 - 09/01730, 01 juin 2010*.

¹³³⁷ Dans le même sens, *G. Rebert et R. Roblot, par M. Germain, op. cit., n°1406, p. 295*.

¹³³⁸ Voir *Cass. com., 21 oct. 1974; Rev. soc. 1976, p. 75, note J. H.*

¹³³⁹ *CA Paris, 9 avr. 1973, Bull. Joly 1973.671, RTD com. 1973.879, n° 9, obs. R. Houin, et 13 mars 1980, BRDA 1980, n° 18, p. 16.*

octroient aux tiers victimes d'un préjudice causé par l'anéantissement de la société un droit à la réparation contre les fondateurs auxquels cette nullité est imputée¹³⁴⁰. Cette action vise à obtenir l'indemnisation du préjudice causé par la disparition de la société ou par l'annulation des actes et délibérations postérieurs à la constitution de la société¹³⁴¹. Les tiers ne poursuivent pas en l'espèce la filiale nulle mais seulement la société mère et ses coassociés fondateurs responsables de la nullité. Selon l'article L. 223-10 du Code de commerce relatif à la société à responsabilité limitée « les premiers gérants et les associés auxquels la nullité de la société est imputable, sont solidairement responsables, envers les autres associés et les tiers, du dommage résultant de l'annulation ». De même, à propos de la société anonyme, l'article L. 225-249 du Code de commerce édicte que « Les fondateurs de la société auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les actionnaires ou pour les tiers de l'annulation de la société ». On constate que ces deux textes n'évoquent pas des motifs particuliers pour la nullité, ce qui explique qu'une responsabilité est susceptible d'être engagée lorsque l'instance aboutit à une annulation de la société quelle qu'en soit la cause.

S'agissant de la prescription de l'action en responsabilité, elle est prévue à l'article L. 225-250 du Code de commerce selon lequel : « L'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société se prescrit dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 235-13 ». Aux termes de ce dernier : « L'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution se prescrit par trois ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée ».

Sous-section II : La protection des créanciers contre la société mère, associée majoritaire ou unique

684. Le droit de vote qu'exercent les associés aux assemblées générales est, en principe, proportionnel à leurs participations au capital social. Cette règle constitue la raison d'être des groupes de sociétés : au moyen de ce droit, la société mère dispose des substantiels pouvoirs aux assemblées générales de sa filiale. Comme détentrice de la majorité exigée

¹³⁴⁰ R-B. Goudet, *Constitution des sociétés par actions. – Fondation. – Période constitutive*, *JurisClasseur Commercial*, Cote : 05,2012, Date de fraîcheur : 10 Janv. 2012.

¹³⁴¹ Voir D. Gibirila, *fasc. 80 : Société. – dispositions générales. – nullité de société, d'actes ou de délibérations*, *JurisClasseur Civil Code* > Art. 1832 à 1844-17, Cote : 11,2006...

pour les décisions de l'assemblée générale ordinaire, il lui revient : la nomination et la révocation des membres de la direction, l'approbation ou le rejet des comptes, la fixation de la répartition des bénéfices. Il est envisageable qu'elle commette en exerçant ces prérogatives des fautes préjudiciables aux créanciers de sa filiale, ainsi : approuver un bilan manifestement incompatible avec les objectifs déterminés par le conseil d'administration, ratifier une convention réglementée portant des inconvénients au patrimoine social, désigner des dirigeants ou des membres du conseil de surveillance incompetents, etc.

D'autre part, il n'est pas exclu que le concours de cette société au capital de sa filiale soit tellement augmenté qu'il atteigne le quorum nécessaire aux décisions de l'assemblée générale extraordinaire. Il lui appartiendra en l'occurrence d'exercer les pouvoirs les plus graves pour l'intérêt de sa filiale, consistant notamment dans la modification des statuts : augmentation, amortissement, réduction du capital, changement du siège social, ou transformation, fusion, scission, dissolution de la société, etc. Il est peu douteux que de telles résolutions menacent d'un péril notable les créanciers de la filiale, affectant sensiblement leur intérêt personnel lié au patrimoine ou au siège social de cette société. Pour mieux concevoir l'importance de ce risque, on peut imaginer qu'une filiale française soit transférée par décision de sa mère à l'étranger, ou qu'elle soit, malgré sa prospérité, dissoute, ou absorbée par une société déficitaire ou transformée en société à risque limité.

685. De même, la société mère peut exercer directement ou par le truchement d'une personne interposée d'autres pouvoirs de fait, non prévus ni par la loi ni par les statuts de cette dernière. En effet, il arrive dans les sociétés membres d'un groupe, qui participent directement à son développement économique, que les pouvoirs des dirigeants soient encadrés de façon contraignante au point qu'ils ne font que manifester la volonté de la société mère. Des décisions préjudiciables à certaines filiales peuvent être prises en faveur d'autres ou de la société mère, dans le but de mettre en œuvre une stratégie commune au groupe ou de sauver certaines sociétés en difficulté. Ces résolutions peuvent être non seulement préjudiciables pour les filiales victimes, mais également pour leurs créanciers dont le gage se limite à leur patrimoine¹³⁴².

Nous pouvons évoquer ici deux solutions : d'une part, la jurisprudence et la doctrine font prévaloir la théorie de l'abus de vote afin de préserver les intérêts des créanciers de la

¹³⁴² Il est à noter que la question posée ne porte que sur une filiale autonome ayant patrimoine propre et distinct. Sont ici exclus les cas de fictivité et de confusion de patrimoine précités, qui entraînent comme nous l'avons vu l'extension de la procédure collective de la filiale à la mère.

société contre des résolutions collectives prises par les assemblées générales. D'autre part, les législateurs français et libyen prévoient dans certains cas de prévenir le conflit d'intérêt entre la société et ses créanciers, de même qu'ils permettent à ces derniers de s'opposer aux décisions des assemblées générales. Il convient d'étudier successivement ces deux sortes de protection.

I- La protection des créanciers contre le vote abusif ou la fraude de la société mère

686. L'absence d'une réglementation particulière aux groupes de sociétés implique nécessairement l'application des dispositions générales du Code de commerce. La société mère ne peut être présumée fautive pour le seul fait d'exercer ses droits de vote aux assemblées générales de sa filiale¹³⁴³. Dans un arrêt rendu en 1998, la Cour d'appel de Paris déclara qu'une société mère ne commet aucune faute en décidant de ne pas accorder son soutien financier à une filiale en difficulté¹³⁴⁴. Il en résulte que la procédure collective ouverte à l'encontre d'une filiale ne peut, en principe, être étendue à la société mère.

Cependant, comme la chambre criminelle de la Cour de cassation l'a rappelé¹³⁴⁵, le patrimoine d'une société n'est pas seulement la propriété de ses actionnaires mais également la contrepartie de son existence juridique et le gage de ses créanciers. En effet, l'abus de majorité n'est pas uniquement préjudiciable aux associés minoritaires, mais il peut l'être aussi pour les créanciers dans la mesure où il amène par nature à favoriser un autre intérêt que celui de la société, mettant en danger leur gage juridique. En utilisant son droit de vote, la société mère peut être animée de l'intention de nuire aux créanciers de sa filiale : dissimuler en total ou en partie l'actif de celle-ci. Comme nous l'avons constaté¹³⁴⁶, la jurisprudence autorise les associés victimes d'un abus de vote à invoquer le droit commun de la responsabilité (C. civ. art. 1382) pour réclamer aux auteurs de cet abus la réparation de leur préjudice¹³⁴⁷. Cette solution pourrait à notre sens être transposable en

1343 Pour plus d'informations : Voir R. Dammann et G. Podeur, *Les groupes de sociétés face aux procédures collectives*, Rev. Lamy droit des affaires, 2007, p.16 ; voir aussi, P. Merle, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 15e éd. 2012, n° 668, p.888 : « le principe demeure que le seul fait pour une société de détenir le contrôle d'une autre ne suffit pas pour la faire condamner à exécuter les engagements pris par cette société » ; C. Paetzold, *La responsabilité de l'associé dominant en droit allemand et français, mémoire DJCE – DESS de juriste d'affaires, soutenu à l'UNIVERSITE PARIS II – PANTHEON-ASSAS*, 2002, p.61.

1344 CA Paris, 13 janv.1998, Bull. Joly Sociétés 1998, p. 321, note J.-J. Daigre

1345 Cass. Crim., 29 oct. 1984.

1346 Cf. supra n° 148.

1347 Voir en ce sens : Cass. com. 6 juin 1990, SARL Huber et Cie c/ Lamps : Bull. civ. IV n° 171, Rev. soc. 1990 p. 606 note Y. Chartier ; Cass. com. 30 nov. 2004, RJDA 2005/3, n° 263, p 220 ; JCP E 2005, chron. 131, n ° 3, obs. J-J Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.

faveur des créanciers des sociétés filiales. Des opérations telles que celles de fusion, transformation, dissolution, réduction du capital, transfert du siège social, décidées par la société mère peuvent traduire un abus de majorité et entraîner la responsabilité de celle-ci à l'encontre des créanciers de sa filiale.

687. En 1991, la Cour de cassation¹³⁴⁸ a statué sur une cession des titres d'une société civile professionnelle (SCP), effectuée par deux associés à deux personnes physiques. Avant de procéder à cette cession, la société a conclu avec une autre (dite *Solomateg*) une convention de crédit-bail relative à une installation de *radio-téléphone*. La SCP a informé cette dernière qu'elle n'avait plus l'usage du matériel, qu'elle demandait la résiliation du contrat et qu'elle n'avait plus l'intention de poursuivre l'exécution de ce contrat. La société *Solomateg* a ainsi assigné les associés cédants en paiement, lesquels ont contesté le bien-fondé de cette demande en faisant valoir qu'ils ont cédé leurs parts sociales. La Cour de cassation a considéré que les cédants peuvent être poursuivis pour les dettes exigibles au jour de leur départ. Mais si les dettes sociales antérieures à la cession sont devenues exigibles après le retrait des associés cédants, ceux-ci ne pourront plus être inquiétés¹³⁴⁹.

688. Plus récemment, en 2007, la même Cour a approuvé des juges du fond d'avoir mis en cause une société mère cédante de sa filiale à une autre société en difficulté qui ne pouvait pas éviter sa liquidation judiciaire. Saisis par les salariés de la filiale, les juges constatèrent que la société-mère, associée majoritaire de celle-ci était au courant de la mauvaise situation du cessionnaire engageant sa responsabilité sous le fondement de l'article 1382 du Code civil¹³⁵⁰. À notre avis, cette solution peut être appliquée à l'hypothèse dans laquelle les victimes de l'abus de vote sont les créanciers de la filiale. La société mère devrait engager sa responsabilité lorsqu'elle abuse de son droit de vote, causant une insuffisance d'actif de celle-ci. Un arrêt récent de la Cour d'appel de Lyon vient préciser que « l'imputation des pertes sur les réserves, suivie de la réduction du capital à zéro, puis d'une augmentation de capital intégralement souscrite par intégration du compte courant de la société (...), n'a certes pas pour résultat d'améliorer la situation financière de la société, mais en tout cas, comme le relève le tribunal de commerce dans le jugement

¹³⁴⁸ Cass. civ.1, 26 nov. 1991, n° 88-20.094. P-F, Savart c/ Bianchini : *JurisData* n° 1991-003022 ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 4, obs. T. Bonneau ; *Bull. civ.* 1991, I, n° 334 ; *D.* 1991, inf. rap. p. 295 ; *RJDA* 1992/3, n° ° 259, p. 197 ; *RTD com.* 1993, n° 2, p. 117, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; *RTD civ.* 1992, n° 5, p. 583, obs. P.-Y. Gautie).

¹³⁴⁹ Voir encore, J.-P. Legros, *Confusion de patrimoines : effet*, *dr. soc.* 8, août 2010, comm. 169. *LexisNexis JurisClasseur*.

¹³⁵⁰ Cass. soc. 14 nov. 2007.

déféré, a pour effet de renforcer la responsabilité des actionnaires vis à vis des créanciers ». On peut encore invoquer à titre illustratif un arrêt de la Cour fédérale suisse, aux termes duquel « on ne peut s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiques distinctes (...) chaque fois que le fait d'invoquer la diversité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste des intérêts légitimes dans le but évident de faire échapper un actif important à ses créanciers ¹³⁵¹ ».

689. La Cour d'appel de Paris a eu encore l'occasion de se prononcer sur une action de dissolution dirigée contre une Eurl (la Sarl *Scili*)¹³⁵². Se prévalant d'une créance de cotisations impayées d'un montant de 67229,20 euros, l'Urssaf de Paris (ci-après *Urssaf*) a, le 13 octobre 2009, assigné la Sarl Société en liquidation judiciaire devant le Tribunal de commerce de Créteil. Deux jours plus tard, la société belge *CEPF*, alors associée unique de la société *Scili*, a cédé l'intégralité des titres du capital social de l'intéressée à la société allemande dénommée *Wuig mbH*, laquelle, devenue la nouvelle associée unique, a immédiatement décidé la dissolution sans liquidation de la société *Scili*, en application de l'article 1844-5 du Code civil, par transfert universel de son patrimoine au profit de la société *Wuig*, l'opération étant publiée le jeudi 22 octobre 2009 dans un journal d'annonces légales. Le Tribunal de commerce de Créteil, saisi par l'assignation en liquidation judiciaire a rejeté la demande en raison de la disparition du débiteur suite au transfert universel de son patrimoine.

L'Urssaf a interjeté appel le 20 avril 2010, en intimant les sociétés *Scili* et *Wuig*, et la Cour de Paris lui a répondu. Elle a annulé la décision de dissolution sur le fondement du principe «*fraus omnia corrumpit*», ressuscitant la société unipersonnelle avant de prononcer sa liquidation judiciaire. Elle a ainsi déclaré que «considérant qu'initialement, l'Urssaf a demandé l'ouverture d'une liquidation judiciaire à l'encontre de la société *Scili*; qu'ultérieurement, la société *Wuig*, intervenante volontaire en première instance, lui a opposé la disparition de la personnalité morale de la société *Scili* qui ferait obstacle à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de cette dernière ; qu'en conséquence, la demande de l'Urssaf en nullité de la dissolution sans liquidation de la société *Scili* est recevable en appel, en ce qu'elle tend à écarter la prétention de la société *Wuig*, selon laquelle l'ouverture d'une liquidation judiciaire, objet de la demande initiale, ne serait plus possible du fait de ladite dissolution ».

¹³⁵¹ ATF 102 III 165=JdT 1978 II 56 (*Port-Pregny SA*).

¹³⁵² CA Paris, pôle 5, ch. 9, 19 mai 2011, n° 10/08992.

Sur la demande de nullité elle-même, la Cour d'appel évoque pour notifier sa décision que l'associé unique (la société allemande *Wuig*), tout en ayant connaissance des créances de l'Urssaf, qui lui sont réclamées depuis plusieurs mois, se prétendant titulaire d'une transmission universelle du patrimoine de la société *Scili*, n'a jamais cherché à régler spontanément la partie non critiquée des cotisations réclamées. Elle ajoute que « devant le silence de la société *Wuig* sur le but réellement poursuivi par l'opération de dissolution sans liquidation, il apparaît que celle-ci ne peut avoir d'autres raisons ou explications que d'éluder le débat sur l'éventuel état de cessation des paiements de la société *Scili* et le prononcé des mesures en découlant légalement ; qu'il apparaît dès lors que la décision de dissolution sans liquidation avec transfert universel du patrimoine de la société *Scili* était principalement destinée à bloquer les effets de l'assignation en liquidation judiciaire délivrée antérieurement par l'Urssaf ; qu'en agissant ainsi, le nouvel associé unique de la société *Scili* a commis une fraude à la loi ».

La Cour d'appel de Paris retient dès lors la notion de fraude à la loi au lieu de celle d'abus de vote ou de majorité puisqu'il s'agit en l'espèce d'une société unipersonnelle. La dissolution sans liquidation avec transfert universel de patrimoine pour atteindre un but illégal (faire échec à l'ouverture d'une procédure collective) constitue une fraude qui doit entraîner sa nullité.

690. Selon *J-P Legros*, cette décision pourrait susciter la réserve du fait que le créancier n'est pas démuné de tout recours. Le patrimoine de l'Eurl a été transféré à l'associé unique, la société de droit allemand et l'Urssaf pouvait ainsi agir contre cette dernière, de même qu'il pourrait demander l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire en Allemagne en application du droit communautaire¹³⁵³.

II- La protection des créanciers par l'opposition aux décisions collectives

691. Dans différentes situations, les législateurs français et libyen ont accordé aux créanciers un droit d'opposition aux décisions des assemblées générales en vue de leur faire éviter un éventuel état de cessation des paiements de la société. Les règles initiatrices de ce droit sont néanmoins applicables aux créanciers des filiales qui tiennent à s'abriter des décisions abusives de la société mère. On peut évoquer ainsi des cas variés relatifs

¹³⁵³ Voir *J-P. Legros, Note sous CA Paris, pôle 5, ch. 9, 19 mai 2011, n° 10/08992, Urssaf de Paris-région parisienne c/ SARL SCILI : JurisData n° 2011-009545 : BRDA 2011/17, info n° 2, p. 2 ; Bull. Joly Sociétés 2011, [§ 445], p. 914, note M.-L. Coquelet*

notamment à la réduction du capital, la transformation et la fusion de la société.

A- L'opposition des créanciers à la réduction du capital

692. La réduction du capital social qui peut faire l'objet de l'opposition des créanciers est celle non motivée par des pertes sociales. Ce droit est accordé à tout créancier et obligataire d'une société de capitaux prospère¹³⁵⁴ (C. com. fr. art. L.225-205¹³⁵⁵/C. com. lib. art. 151¹³⁵⁶). La société mère, associée majoritaire de la filiale cible, va amputer une partie du capital de celle-ci, lui permettant d'aménager l'investissement de son groupe afin de procéder à des opérations de sous-filialisation ou de sauver d'autres filiales en difficulté¹³⁵⁷. Nonobstant l'objectif, la réduction implique une modification des statuts de la filiale et nécessite ainsi que la société mère dispose du quorum requis pour les décisions des assemblées générales extraordinaires de la filiale ; autrement, il incombe à cette société de se concerter avec d'autres associés.

693. Par ailleurs, l'opposition des créanciers ou des obligataires à la réduction du capital n'est pas de nature à déjouer la décision de l'assemblée générale. Le tribunal de commerce dispose selon l'article 225-205 d'un large pouvoir discrétionnaire. Il peut rejeter la décision s'il constate qu'elle porte sur une fraction minimale du capital ou une partie ne répondant à aucune nécessité économique, ou encore s'il estime que la réduction n'est pas susceptible de causer la cessation des paiements de la filiale. Le tribunal peut également recevoir l'opposition, ordonnant au conseil d'administration de la filiale de rembourser les créanciers ou les obligataires, ou de constituer des garanties suffisantes à leur créance. Durant la procédure devant le tribunal, l'opération de réduction du capital est suspendue. L'appel n'est pas suspensif (C. com. art. L. 225-205). En outre, l'opposition doit être portée

1354 Ce droit est exclu dans l'hypothèse où la réduction est motivée par des pertes capitalistiques, dont la règle applicable est celle de l'article L. 225-204 du Code de commerce.

1355 Selon cet article « *Lorsque l'assemblée approuve un projet de réduction du capital non motivé par des pertes, le représentant de la masse des obligataires et les créanciers dont la créance est antérieure à la date de dépôt au greffe du procès-verbal de délibération peuvent former opposition à la réduction, dans le délai fixé par décret en Conseil d'État. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garantie si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. Les opérations de réduction du capital ne peuvent commencer pendant le délai d'opposition ni, le cas échéant, avant qu'il ait été statué en première instance sur cette opposition. Si le juge de première instance accueille l'opposition, la procédure de réduction du capital est immédiatement interrompue jusqu'à la constitution de garantie suffisante ou jusqu'au remboursement des créances. S'il la rejette, les opérations de réduction peuvent commencer* ».

1356 « *La réduction du capital non motivée par des pertes n'est pas opposable aux créanciers dont la créance est antérieure à l'immatriculation de la réduction en registre de commerce, qui ont présenté au tribunal leur contestation et leurs documents justificatifs dans un délai de vingt jours à compter de cette immatriculation. Si la société a procédé au remboursement des créanciers ou leur a accordé des garanties suffisantes, la procédure de réduction ne peut être suspendue* ».

1357 D. Poracchia – L. Merland, *LBO Acquisition avec effet de levier*, Rev. soc. janv. 2005, n°63.

devant le tribunal de commerce dans les vingt jours à compter de la date du dépôt au greffe du procès-verbal de délibération de l'assemblée générale qui a décidé ou autorisé la réduction (C. com. fr. art. R. 225-152). Pour sa recevabilité, elle devrait être diligentée par le représentant de la masse des obligataires et les créanciers dont la créance est antérieure à la date de dépôt au greffe du procès-verbal de délibération.

B- L'opposition des créanciers à la fusion de la filiale

694. La fusion est l'opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés se réunissent pour n'en plus former qu'une seule. Elle peut résulter soit de la création d'une nouvelle société, soit de l'absorption d'une société par une autre (C. com. fr. art. L. 236-1¹³⁵⁸ / C. com. lib. art.299)¹³⁵⁹. Dans le cadre des groupes, cette opération permet à la société mère d'aménager l'entreprise commune de son groupe. Elle peut réduire le nombre de ses filiales afin d'accentuer sa capacité financière ou d'accroître l'activité économique d'autres sociétés liées à son groupe. La fusion lui permet également d'épurer des filiales impécunieuses ou dont l'activité n'est plus rentable ou compatible avec l'objectif commun du groupe.

695. En outre, la fusion peut porter sur des sociétés de même nationalité ou de nationalités différentes. Dans cette dernière hypothèse, on parle alors d'une fusion transfrontalière, souvent constatée dans le cadre des groupes de sociétés multinationales. Cette sorte de fusion peut être réalisée au sein de l'Union Européenne par la création d'une SE à laquelle les sociétés membres ou cibles livrent leurs patrimoines. En tout état de cause, la fusion provoque une augmentation de capital et de passif pour la société absorbante ou résultante de l'opération, et une dissolution pour la société absorbée ou fusionnée. Les créanciers de cette dernière deviennent donc créanciers de la première. De ce point de vue, la fusion peut apporter des inconvénients, non seulement aux créanciers de la filiale absorbée ou fusionnée qui se retrouvent liés contre leur gré à une autre société, mais également à ceux de la société absorbante dont l'actif ne leur est plus réservé. Le droit assure donc la sauvegarde des uns et des autres ; il le fait en posant un principe et en réglant son application.

1358 Au terme de cet article « Une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent ».

1359 Voir, G. Ripert, R. Roblot par M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit des affaires*, op. cit., n°1974, p.707 ; J-M. Moulin, *Droit des sociétés et des groupes*, Lextenso, 3^{ed.}, Paris 2008, p.196 : « la fusion emporte transmission universelle du patrimoine des sociétés dissoutes à la société bénéficiaire ce qui signifie qu'elle se substitue activement et passivement dans tous les droits et obligations, contractuels et délictuels des sociétés fusionnées sans que cela entraîne novation ou déchéance du terme et sans qu'il soit nécessaire de recourir aux formalités de l'article 1690 du Code civil ou encore de diligenter les formalités de publicité liées à l'apport d'un fonds de commerce ».

696. Par principe, la fusion fait perdre l'existence juridique de la filiale absorbée, transmettant de façon universelle son patrimoine à la société absorbante. Les créanciers ordinaires et les créanciers obligataires de celle-ci ont ainsi un autre débiteur, la société absorbante. L'opération peut leur être préjudiciable si cette dernière a elle-même un passif supérieur à son actif. Le risque s'avère plus net lorsque la filiale absorbée est *in bonis* et que l'opération vise à sauver une autre société en difficulté. L'actif disponible de cette filiale s'impute en ce cas au passif exigible de la société absorbante.

La loi a dès lors traité de ces inconvénients tout en différenciant les obligataires et les créanciers. D'une part, elle a accordé aux créanciers, dont la créance est antérieure à la publicité du projet de fusion, le droit de faire opposition en justice dans un délai de trente jours à compter de la dernière formalité de la publicité (C. com. art. L. 236-14)¹³⁶⁰. Le tribunal apprécie si la disparition de la filiale débitrice peut compromettre la sécurité de ses créanciers. Dans l'affirmative, il ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garantie si la société absorbante en offre. Dans le cas contraire, la fusion est inopposable aux créanciers opposants, qui conservent un droit exclusif sur le patrimoine de la filiale absorbée. De même, les créanciers de la société absorbante pourraient encourir des risques importants, découlant de l'absorption par leur débiteur d'une filiale surendettée. C'est pourquoi le droit d'opposition leur a été reconnu sur le même pied d'égalité. Ils peuvent éviter le concours des créanciers de la filiale absorbée en s'opposant en justice à la fusion. Mais, comme dans le cas des créanciers de l'absorbée, il faut que leur créance soit antérieure à la publicité du projet de fusion et qu'ils présentent leur contestation dans un délai d'un mois à dater de cette publicité.

697. D'autre part, quant aux créanciers obligataires les effets de la fusion varient à leur égard en fonction de la nature des obligations et du rôle de la société – absorbée ou absorbante – ayant émis les obligations. Selon l'article L. 236-13 du Code de commerce français, lorsqu'il s'agit d'une filiale absorbée, ses obligataires sont consultés sur le projet de fusion à moins que cette filiale ne leur offre le remboursement des titres sur simple demande de leur part. Si tel n'est pas le cas et que le projet de fusion a été refusé par l'assemblée des obligataires, la filiale peut passer outre, mais le représentant des obligataires mandaté par leur assemblée a alors la possibilité de faire opposition au projet.

¹³⁶⁰ En droit libyen, ce délai est de 90 jours à compter de l'immatriculation de la résolution de fusion dans le registre de commerce, sinon de la date du prononcé du jugement définitif rejetant l'opposition (C. com. art. 302).

Le tribunal de commerce rejette cette opposition, exige la constitution des garanties ou encore impose à la filiale le remboursement des obligations. Les obligataires de la société absorbante, mère ou filiale, ne sont pas consultés, mais leur assemblée générale peut donner mandat aux représentants de la masse de former opposition qui obéit au régime qui vient d'être décrit (C. com. art. L. 236-15)¹³⁶¹.

698. Enfin, selon le Code de commerce français, le droit d'opposition n'est ouvert aux créanciers et obligataires que si la fusion est réalisée entre des SA, SCA, SAS, SARL ou entre ces sociétés ensemble. Il est exclu dans les autres cas, faute d'un texte qui le prévoit. Les créanciers d'une filiale SNC, SCS, SC ou SCI absorbée par une autre société ne peuvent ainsi bénéficier d'aucun régime de protection particulière et sont soumis au régime de droit commun¹³⁶². Cependant, selon le Code de commerce libyen, excepté le cas des créanciers des sociétés civiles et des sociétés coopératives, le droit d'opposition est offert aux créanciers de toute autre société fusionnée, peu importe qu'elle soit de capitaux ou de personnes. Les règles régissant la fusion font l'objet d'une partie distincte (C. com. art. 299 et s.) de celles relatives à chaque type social, ce qui explique qu'elles sont applicables d'une manière générale à toutes les sociétés.

C- L'opposition des créanciers à la scission de la filiale

699. Aux termes de l'article L. 236-1 du Code de commerce français, la scission se définit comme l'opération par laquelle une société transmet l'intégralité de son patrimoine à plusieurs sociétés, existantes et/ou nouvelles¹³⁶³. La société mère détentrice de la majorité exigée pour la modification des statuts de sa filiale peut procéder à une telle opération face à celle-ci, qui sera dissoute sans liquidation. Cette opération engendre la transmission universelle du patrimoine de la filiale scindée à une autre société membre de son groupe ou étrangère qui augmente en conséquence son capital social. Celle-ci, bénéficiaire de l'opération, se substitue à la filiale scindée dans tous ces droits, biens et obligations¹³⁶⁴. Comme en matière de fusion, les créanciers, ordinaires et obligataires, de la filiale scindée peuvent être lésés dans cette opération dans la mesure où leur débitrice n'existe plus et, en conséquence, leurs créances sont transmises à plusieurs autres personnes. Au lieu de se

¹³⁶¹ Voir *M. Cozian et alter, op. cit.*, n°1403, p.712.

¹³⁶² Voir dans le chapitre suivant, n° 702 et s.

¹³⁶³ *J-M. Moulin, op. cit.*, p. 197.

¹³⁶⁴ Voir dans la jurisprudence : *Cass. com. 16 févr. 1988 : Bull. civ. 1988, IV, n°69 ; JCP E 1988, 15 177, n°21, obs. Viandier et Caussain ; RTD com. 1988, p. 639, obs. Reinhard ; LPA 1988, n°23, note Moretti ; Cass. 5 mars 1991 : Bull. Joly. Soc. 1991, p. 500, note Jeantin ; Rev. soc. 1991, p. 545, note Bolze ; Rapp. Cass. 1991, p.332.*

retourner contre un seul débiteur, ils sont obligés de réclamer leurs créances à plusieurs sociétés. Même si la loi prévoit que les sociétés bénéficiaires des apports sont débitrices solidaires des créanciers de la société scindée, ces dernières ont selon l'article L. 236-21 du Code de commerce français¹³⁶⁵, la faculté de renoncer à cette solidarité et, en conséquence, de n'être tenues que de la part du passif qui leur échoit du fait de la transmission universelle¹³⁶⁶.

En raison de ces inconvénients, les créanciers peuvent en droit français former une opposition à la scission (C. com. fr. art. L. 236-21 al.2). Cette opposition doit produire les mêmes effets que ceux résultant de la fusion.

D- L'opposition des créanciers à la transformation de la filiale

700. La transformation signifie pour une société le passage d'une forme à une autre forme : une SA se mue en SARL ou en SAS, une SNC devient commandite simple, une SC se transforme en société d'exercice libéral. La transformation peut se rencontrer dans le cadre des groupes visant différents objectifs, ainsi l'acclimatation de certaines filiales aux réalités économiques ou la limitation de la responsabilité de la société-mère. Une filiale SNC, qui fait encourir à sa mère des risques majeurs, se mue en société à risque limité ; ou une filiale de capitaux se transforme en société de personnes afin de répondre aux exigences de ses créanciers : obtenir des crédits bancaires, repousser l'échéance de ses dettes, accéder à certains services publics, etc.

Toutefois, la transformation de la filiale n'est préjudiciable aux créanciers que si elle amène à désengager la responsabilité des associés : transformation d'une filiale à risque illimité en société à risque limité. Elle n'emporte pas, de ce fait, caducité des cautionnements souscrits par les dirigeants au profit des créanciers de la filiale transformée. Ceux-ci conservent pour les créances antérieures à la transformation le bénéfice de la solidarité qui existait au jour de la naissance de leur créance. Il en va également ainsi pour tout autre engagement pris à la charge de la filiale par ses dirigeants. En revanche, pour les créances apparues ultérieurement, cette garantie disparaît, sauf

1365 Cet article dispose que : « Par dérogation aux dispositions de l'article L.236-20, il peut être stipulé que les sociétés bénéficiaires de la scission ne seront tenues que de la partie du passif de la société scindée mise à la charge respective et sa solidarité entre elles ».

1366 Cette dérogation n'existe pas en droit libyen. Selon l'article 310 du Code de commerce, « la scission de la société n'emporte pas novation à l'égard de ses créanciers ; les sociétés constituées lors de cette opération sont solidairement débitrices à l'égard des créanciers de la société scindée ».

engagement ferme à l'égard d'un créancier donné¹³⁶⁷.

Conclusion du chapitre :

701. les créanciers de la filiale, bien que n'ayant pas le statut d'organe social, disposent d'une certaine liberté à l'égard de la société-mère. En effet, cette dernière n'est pas seulement poursuivie en raison de sa faute de gestion, mais également pour sa faute liée à l'exercice de ses pouvoirs au sein des assemblées générales de sa filiale. Même lorsque la loi reconnaît aux créanciers le droit de s'opposer à certaines décisions d'une certaine gravité, le fait de ne pas exercer ce droit n'empêche pas les tribunaux de retenir la responsabilité de la société-mère fondée sur sa faute personnelle. Il faut distinguer entre ce droit reconnu aux créanciers pour le remboursement ou la conservation de leur créance et le droit au dommages-et-intérêts dû à l'abus de vote de la société-mère, préjudiciable au patrimoine de la filiale.

1367 Voir, *M. Cozian et alter, Droit des sociétés, op. cit., n°436, p.241.*

Chapitre II : La protection des créanciers de la filiale selon des règles particulières

702. Le droit des sociétés reste toujours neutre par rapport au phénomène de groupes. La position dominante qu'exerce la société mère sur ses filiales n'est pas, à elle seule, suffisante pour mener à sa condamnation : tant qu'elle n'a pas joué un rôle dans les faits qui leur sont reprochés, cette société n'a pas à être poursuivie par les créanciers de ses filiales. La raison en est que les sociétés affiliées d'un groupe, même réunies par un seul intérêt commun, sont dotées en droit de leur propre personnalité juridique et autonome. Dans un arrêt récent (du 12 juin 2012), la Cour de cassation¹³⁶⁸ a rappelé ce principe général en déclarant que « ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles 1842 et 1165 du code civil la cour d'appel qui retient la responsabilité d'une société mère au titre des préjudices subis par le cocontractant de sa filiale en raison de son immixtion dans ces relations contractuelles, sans constater que cette immixtion avait été de nature à créer pour le cocontractant une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son cocontractant ¹³⁶⁹ ».

Aussi, hormis les cas de confusion de patrimoine et de fictivité que nous avons étudiés précédemment, rien n'est susceptible de supprimer l'autonomie des sociétés membres du groupe¹³⁷⁰, même si l'on peut éventuellement retenir une responsabilité de la société mère fondée sur une faute de gestion ou un abus de droit de vote¹³⁷¹.

En conséquence, la qualification de la société mère de dirigeant ou d'associée majoritaire de sa filiale est en soi insuffisante pour garantir une protection efficace aux

¹³⁶⁸ Cass. com. 11-16.109 - 12 juin 2012 - Publié au bulletin.

¹³⁶⁹ Plus récemment (le 11 septembre 2012), la même Cour (Cass. com. 11-17.458, 11 sept. 2012.) a reproché à une Cour d'appel d'avoir condamné une société mère (dite Carrefour SA) *in solidum* avec les autres sociétés de son groupe (les sociétés Carrefour France et CMI), à payer à une troisième société (dite Jean-Marc Valensi) contractante avec celles-ci la somme de 1 293 146, 43 euros. L'arrêt après avoir relevé que la société mère Carrefour SA n'était pas intervenue dans les relations avec la société Jean-Marc Valensi et que les contrats de coopération commerciale avaient été négociés avec la société CMI, puis signés par la Carrefour France, retient que « la société Carrefour SA définissait néanmoins la politique commerciale du groupe et avait un intérêt direct dans la commercialisation des produits des hypermarchés du groupe ». Selon la Cour de cassation, la Cour d'appel, « en se déterminant ainsi sans préciser en quoi la société Carrefour SA était intervenue dans la conclusion des contrats de coopération commerciale et avait pu engager sa responsabilité à ce titre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

¹³⁷⁰ Voir, B-S. Salgado, *op.cit.*, p.58 « les filiales sont des personnes juridiquement distinctes quelle que soit la participation de la société mère dans leur capital »; J-P. Le Gall, *Groupe de sociétés*, *op.cit.*, p.4 : « chaque filiale garde sa personnalité propre, peut être gérée de manière indépendante et dispose d'une liberté de moyens pour atteindre les objectifs fixés par la société mère. »

¹³⁷¹ D. Poracchia, *Groupe de sociétés – filiale – immixtion par la société mère*, *Critère, Droit et patrimoine*, 2004, p.126 : « Les sociétés d'un groupe sont des personnes morales autonomes et, à défaut d'événements particuliers, elles sont seules tenues par les actes qu'elles concluent ».

morales de constituer et de gérer des sociétés, ne prévoit pas de règles particulières quant à leur responsabilité. Mais, ce manque de dispositions en droit des sociétés ne prive pas les créanciers de l'usage d'autres règles juridiques inhérentes à des domaines particuliers ou au droit commun. En effet, il existe en droit français certaines lois spécifiques à certains domaines, qui touchent d'une manière ou d'une autre à la responsabilité de la société mère. On peut évoquer à titre d'exemple la loi n°2010-788 du 12 juillet 2011 portant engagement national pour l'environnement (dite «Grenelle II») (devenu l'article 512-17 du Code de l'environnement), et le droit de la concurrence.

703. Par ailleurs, personne morale indépendante, la filiale est souvent liée à sa mère et à d'autres sociétés du groupe par un réseau de contrats relatifs à différents sujets. La complémentarité, qui caractérise la vie des groupes, implique que l'activité exercée par chacune des sociétés membres soit inscrite dans le prolongement, en amont ou en aval, d'autres activités afférentes à d'autres sociétés¹³⁷², concourant ensemble à un but commun. En effet, l'existence juridique des sociétés affiliées d'un groupe n'est pas un frein à ce que certaines de celles-ci soient dépendantes dans leur entreprise des produits et services disponibles dans d'autres : des matières premières ou des produits intermédiaires. La mise en œuvre de cette complémentarité nécessite dès lors la conclusion de différentes conventions entre les sociétés du groupe. Ces actes, quoi qu'ils soient soumis au principe légal de l'effet relatif des contrats, peuvent induire des effets importants sur les créanciers de ces sociétés. Le refus par la société mère ou par une société sœur de s'en tenir à ses obligations contractuelles peut être à l'origine d'un préjudice, non uniquement pour une filiale contractante mais également pour les créanciers de celle-ci.

Aussi, afin de mettre en évidence ces dispositions, convient-il d'analyser dans un premier temps certaines règles spécifiques aux groupes de sociétés existant dans certains domaines particuliers (1^{ère} section) et de chercher dans un second temps la possibilité d'une poursuite reposant sur le droit commun (2^e section).

¹³⁷² Voir en ce sens, C.A. Lyon 2003-04833, 8/6/2004 : «la notion de groupe s'attache à un ensemble de sociétés ayant chacune une existence propre mais qui se trouvent unies par des liens divers, une complémentarité d'activités sur la base desquels, l'une d'entre elles, qualifiée de société-mère, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait ainsi prévaloir une unité de décision économique ».

Section I : La protection des créanciers particulière à certains domaines

704. La non-conformité entre les règles classiques sociétaires établissant la pluralité des entités affiliées du groupe et l'existence d'un intérêt commun à l'ensemble de ces entités, était – et est encore – à l'origine de l'absence d'une réglementation globale et détaillée pour cette structure complexe. Les démarches législatives réalisées à cette fin demeurent loin d'être exhaustives ; elles sont plutôt ponctuelles et liées à des domaines variés. Mais, malgré cette absence, on constate ces dernières années que le législateur français a eu fortement tendance à protéger différents intérêts particuliers inhérents au groupe, lesquels peuvent entrer en conflit.

Or, ces initiatives ponctuelles ne visent pas toujours l'objectif recherché dans cette étude, et il convient de se limiter aux règles relatives à la protection des créanciers de la filiale. Ce sont donc deux législations particulières à aborder : celle de la concurrence et celle de l'environnement.

Sous-section I : La protection des créanciers en droit de la concurrence

705. Le droit de la concurrence régit le groupe d'entreprises en vue d'apprécier l'incidence de la concentration d'entreprises sur les différents marchés affectés. L'objectif est ainsi de lutter contre la hausse des prix et le marché noir, et d'assurer une économie de marché, seule garante du bien-être social et économique des citoyens¹³⁷³. L'article L. 420-2 du Code de commerce énonce en ce sens qu'est prohibée toute exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises qui a pour objet ou pour effet la création d'une position dominante sur un marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Par ailleurs, aux fins de déterminer le concept de « concentration » susceptible de produire les groupes d'entreprises, et d'être qualifiée « d'anticoncurrentielle » dans ce domaine, l'article 430-I-2 énonce ceci : « une opération de concentration est réalisée lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat, ou par tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou d'une partie d'une ou de plusieurs autres entreprises ».

Cet article mentionne également "l'entreprise commune", dénommée en droit des

¹³⁷³ L. Arcelin, *l'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, p. 14.

sociétés de "filiale commune". Il prévoit que « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, constitue une concentration au sens du présent article ». D'après ce texte, l'influence dominante qui produit le groupe d'entreprises, s'avère suffisamment « élastique » par rapport à celle en droit des sociétés, comme nous l'avons étudié dans le chapitre préliminaire¹³⁷⁴. Les mécanismes reconnus sont tellement flexibles qu'ils recèlent tous les instruments pour exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise, peu importe leur source : juridique, contractuelle, financière ou de fait. Il n'importe pas non plus que l'entreprise ait une existence juridique distincte ou non de son propriétaire.¹³⁷⁵ Comme l'affirme *L. Arcelin*, peuvent être saisies par le droit de la concurrence non seulement des personnes physiques et morales, mais aussi « des entités dépourvues de la personnalité juridique telles que le groupe de sociétés ou l'établissement d'une société comme une succursale ou une agence locale ». Néanmoins, les questions restant à éclaircir dans ce droit portent essentiellement sur la notion de groupe d'entreprise en droit de la concurrence et les moyens de la protection des victimes contre les pratiques anticoncurrentielles.

I- La notion de groupe d'entreprises en droit de la concurrence

Afin de répondre à la question précédente, il importe de l'aborder en deux volets : la définition de groupe d'entreprises et les caractéristiques de ce groupe.

A- La définition de groupe d'entreprise en droit de la concurrence

706. Il est nécessaire de répondre à ces questions en droit de la concurrence, car il s'agit de savoir si une infraction a été commise et qui doit supporter les conséquences qui en résultent. Il est donc important d'identifier à suffisance l'entreprise contrevenante pour savoir si elle dispose ou non d'une personnalité juridique indépendante de son propriétaire. Il est également important d'identifier les traits juridiques de l'entité économique délinquante dont serait issu un groupe d'entreprises. En dehors du groupe, l'identification de l'entreprise délinquante ne pose pas de problèmes majeurs. Deux ou plusieurs sociétés ont participé à une entente ; chacune d'entre elles est considérée comme une entreprise distincte et se voit imputer l'infraction. Cependant les choses deviennent plus complexes

¹³⁷⁴ Cf. supra n° 38 et ss.

¹³⁷⁵ Une définition similaire se dégage d'une décision du Conseil français de la concurrence. Dans cette décision on peut lire qu'une « *position dominante collective est constituée par plusieurs entreprises qui, bien que juridiquement indépendantes, se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique, comme une entité collective* » Voir, *Cons. conc. Déc. n°2000-D-83, 13 févr. 2001*.

lorsque l'entité ou la personne qui apparaît comme délinquante est placée sous le contrôle d'une autre entité ou personne. Cela est le cas dans le groupe d'entreprises où l'infraction pourrait être commise par une entreprise filiale ou sous-filiale, ou même par une succursale, ce qui nécessite dès lors l'identification de l'entreprise contrevenante. Est-ce l'entreprise filiale ou l'entreprise mère ? Peut-il s'agir du groupe d'entreprises lui-même ?

707. La réponse à cette question n'est pas, en fait, dans le droit de la concurrence, car l'article régissant ce sujet mentionne le groupe d'entreprises sans pour autant déterminer sa nature juridique. De même dans la doctrine : elle ne semble pas non plus avoir fait l'objet d'un consensus. Selon *Michel Despax*¹³⁷⁶, l'entreprise se fonde essentiellement sur l'intégration définitive entre deux cellules : une cellule économique englobant tous les éléments matériels nécessaires à la production ; et une autre, sociale, regroupant tous les éléments humains nécessaires au fonctionnement de la première cellule. Le ou les propriétaires de l'entreprise, que ce soient des personnes physiques ou morales, se retrouveront ainsi en face d'une quasi personne qui lui est concurrente ; une concurrence qui résulte en réalité du fait que le ou les entrepreneurs pourront avoir des intérêts particuliers qui ne sont pas forcément compatibles avec ceux de son entreprise. *M. Despax* se fonde donc sur l'entité économique de l'entreprise issue de son intérêt propre, lequel peut être distinct de ceux particuliers de ses composantes, tels que les salariés, les associés minoritaires, voire les créanciers.

Cette approche, considérée par la doctrine comme un noyau dur du concept juridique de l'entreprise, a inspiré maintes doctrines et jurisprudences. On constate que de nombreux auteurs abordent l'entreprise d'une manière complètement indépendante de sa forme juridique¹³⁷⁷. C'est-à-dire qu'ils détachent l'entité économique de son rapport juridique, pour retenir une définition de l'entreprise, indépendante du concept de « personne juridique¹³⁷⁸ ».

708. Dans la jurisprudence, l'entreprise est considérée comme entité distincte de sa

¹³⁷⁶ *M. Despax, op. cit., n°32.*

¹³⁷⁷ Voir les cours de *P-P. Sylvaine et A-M. Oliva (Master I droit international et européen, 2007, p 1)*. Selon elles: «il y a lieu de préciser, dans le contexte du droit de la concurrence, que d'une part, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de celle-ci et de son mode de financement et, d'autre part, l'activité de placement est une activité économique».

¹³⁷⁸ Voir : *L. Arcelin, Droit de la concurrence, 2009 p. 36 ; en ce sens M. Boutard-Labard et G. Canivet, Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994, p. 12.* Ils affirment que « l'entreprise est une entité exerçant une activité économique et dotée d'une autonomie suffisante de décision pour la détermination de son comportement sur le marché, que cette entité soit une personne physique, une personne morale ou un ensemble de moyens humains et matériels sans personnalité juridique ».

forme juridique. Le Conseil de la Concurrence français a suivi l'idée de la Cour de Justice Européenne afférente à la notion d'entreprise. Il déclare que « dans un arrêt du 10 septembre 2009, la Cour de Justice des Communautés Européennes a rappelé qu'il est de la jurisprudence constante que les infractions prévues aux articles 81 et 82 du traité de la Communauté Économique Européenne visent des entreprises définies comme des entités exerçant des activités économiques, indépendamment de leur statut juridique et de leur mode de financement. La notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une unité économique, même si cette unité est constituée, d'un point de vue juridique, de plusieurs personnes morales ». Avec les mêmes arguments que ceux de la Cour de Justice, le Conseil de la Concurrence a également rappelé que « c'est cette entité économique qui doit, lorsqu'elle a enfreint le droit de la concurrence, répondre de cette infraction, conformément au principe de la responsabilité personnelle¹³⁷⁹ ».

Du reste, la Cour de Justice des Communautés Européennes¹³⁸⁰ a eu l'occasion de définir cette notion plus précisément pour le groupe d'entreprises, affirmant que « toutes les sociétés faisant partie du groupe (société mère, filiale...etc.) constituent une seule entité économique ; c'est pourquoi il ne peut y avoir qu'une seule entreprise concernée au sein d'un même groupe ». De ce fait, « la filiale et la société mère ne peuvent (...) être considérées comme des entreprises concernées distinctes, pas plus pour parvenir à observer les conditions des seuils que pour atteindre les seuils requis ».

709. Conséquemment à ce *distingo* entre l'entité économique et sa forme juridique, le groupe d'entreprises pourrait être qualifié d' « unité économique » et soumis ainsi en entier au droit de la concurrence. Cette évolution juridique constitue une vraie avancée pour le groupe de sociétés en général puisqu'elle souligne l'importance de combiner le fait et le droit, et, tacitement, montre les inconvénients liés à l'insistance sur les règles classiques. En effet, comme l'indique *L. Arcelin*, « identifier l'entreprise à une personne morale conduirait à nier la position dominante détenue par un groupe de sociétés. Cet élément – la position dominante – non exclusif mais essentiel, perdrait de sa valeur si le droit des pratiques anticoncurrentielles ne s'appliquait en définitive qu'aux personnes juridiques, car ce serait réfuter la domination économique du groupe de sociétés¹³⁸¹ » Ainsi, est-il indéniable qu'un groupe d'entreprises peut être qualifié « d'entreprise unique », afin de

¹³⁷⁹ *Cons. Conc.*, déc. n°09-D-36 du 9 déc. 2009, p. 85., site www.autoritedelaconcurrence.fr.

¹³⁸⁰ *JOCE C 66*, 2 mars 1998 (l'ouvrage de *L. Arcelin*, *op. cit.*, p. 61).

¹³⁸¹ *L. Arcelin*, *idem*.

prendre en compte le chiffre d'affaires de l'ensemble des entreprises regroupées.

B- Les caractéristiques de la société mère responsable

710. La responsabilité de la société mère vis-à-vis des pratiques anticoncurrentielles commises par sa filiale implique l'existence de deux éléments essentiels : une infraction au droit de la concurrence commise par la filiale et un lien de filiation entre ces deux sociétés. Pour qualifier la société filiale « d'entreprise contrevenante », les autorités françaises de la concurrence communautaire exigent qu'elle soit autonome sur un plan économique en tant qu'entreprise unique¹³⁸². Dans son arrêt mentionné ci-dessus¹³⁸³ le Conseil de la Concurrence déclare : « il résulte des pratiques décisionnelles jusqu'ici développées par le Conseil de la Concurrence que les pratiques mises en œuvre par une filiale sont, même dans le cas où elle est détenue à 100% par une société mère, imputables à la première pour autant qu'elle soit suffisamment autonome par rapport à la société qui la contrôle en ce qui concerne la mise en œuvre des pratiques qui lui sont reprochées. La filiale doit être en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière ou technique, et, en particulier, mettre en œuvre les pratiques en s'affranchissant du contrôle hiérarchique de la société dont elle dépend. Ainsi, au sein d'un groupe, il est possible d'imputer une pratique anticoncurrentielle à une filiale en raison de son rôle effectif dans la réalisation de la pratique, ou de l'imputer à la société mère si la filiale ne fait qu'exécuter des décisions prises par cette dernière¹³⁸⁴ » Le Conseil de la Concurrence arrive dans son dernier argument à retenir le résultat souhaité : la possibilité de qualifier le groupe d'entreprises d' « entreprise unique ».

Mais il faut établir que la filiale appartenant au groupe abandonne son indépendance économique en faveur de l'entreprise mère. Selon la doctrine et la jurisprudence, cette absence d'autonomie de la filiale peut être déduite de plusieurs indices, y compris la détention par la société mère de la majorité des parts de sa filiale, accompagnée de l'existence d'une influence de la première sur la stratégie de la seconde. En ce sens la Cour de Justice des Communautés Européennes affirme dans un arrêt du 16 juillet 1972 que

¹³⁸² L. Arcelin, *ibidem.*, p. 44.

¹³⁸³ Cons. Conc., déc. n°09-D-36 du 9 déc. 2009 p84. Voir aussi : Cons. Conc., 08-D-25 du 29 oct 2008 ; Cons. Conc. 08-D30 du 04 déc. 2008 confirmée par la Cour d'appel de Paris, pôle 5-chambre 5-7, arrêt du 24 nov. 2009. Voir aussi Cour de Justice Européenne, arrêt du 09 sept. 2009.

¹³⁸⁴ Le principe apparaît clairement dès 1972, CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd* : « la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; tel peut être notamment le cas lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère. »

«lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère, son comportement peut être imputé à la société mère, en considération de l'unité du groupe ainsi formée¹³⁸⁵». Un auteur¹³⁸⁶ estime à juste titre qu'il n'est pas nécessaire que la société mère ait dicté le comportement anticoncurrentiel de la filiale, mais il suffit qu'elle ait mis en place des mécanismes de contrôle ou de direction lui permettant d'avoir une influence sur son comportement commercial en général.

Le Tribunal de première instance des Communautés Européennes a jugé, dans un arrêt du 27 septembre 2006, que le contrôle conjoint de deux sociétés titulaires de 50% de son capital établissait aussi une présomption simple d'imputabilité aux sociétés mères du comportement de leur filiale commune¹³⁸⁷ (pouvoir de direction conjoint concernant sa gestion). De même, la présomption, difficile à combattre, consiste en la détention par la société mère de la totalité du capital de sa filiale. Selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, il revient aux parties concernées (sociétés mères) lorsqu'elles considèrent que, malgré les participations en cause, la filiale détermine de façon autonome son comportement sur le marché, de renverser cette présomption en fournissant au cours de la procédure administrative à la Commission des éléments de preuve suffisants. Autrement dit, ladite Cour a établi une présomption d'absence d'autonomie de la filiale reposant sur la détention par la société mère de 100 % du capital de cette dernière. C'est à cette dernière de prouver que sa filiale disposait d'une autonomie décisionnelle au moment des faits infractionnels.

711. En définitive, c'est l'entité économique qui semble le fond de la reconnaissance juridique du groupe d'entreprises par le droit de la concurrence. Cette entité est une notion-cadre plus économique que juridique, dont l'attrait essentiel est d'élargir autant que possible le champ d'application de la loi qui en fait utilisation. D'un autre côté, l'emploi du terme « entreprise » ou « groupe d'entreprises » ne semble pas prépondérant dans l'article 430-1 précité. En effet, lorsqu'il s'agit d'un groupe multinational, on remarque que le premier alinéa utilise des concepts plus usités chez les juristes : la « société » et le « groupe de sociétés ».

¹³⁸⁵ CJCE, 16 juill. 1972, aff. C-264/96, *Imperial Chemical Industries Ltd*, 48-69, § 133.

¹³⁸⁶ A. Krenzer, *présomption de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales en droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles*, rev. Lamy de la concurrence, 2008, p.15.

¹³⁸⁷ TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-314/01, *CoöperatieveVerkoop*, §138.

II- La protection des victimes des pratiques anticoncurrentielles

712. Selon l'article L. 420-1 du Code de commerce : « Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou les progrès techniques ; 4° répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

De même, l'article L. 420-2 prohibe l'exploitation abusive d'une position dominante lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre, de fausser le jeu de la concurrence sur le marché. Les pratiques anticoncurrentielles peuvent être à l'origine d'un préjudice subi par un tiers. Il est hors de doute que les règles du droit de la concurrence limitent la validité de nombreux types de contrats dont l'objet est précisément d'améliorer, au profit des contractants, les conditions de la concurrence¹³⁸⁸.

713. Selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, l'absence d'un préjudice causé à un acteur n'est pas un obstacle à l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles prohibées même si elles n'ont pas produit les effets souhaités par les parties¹³⁸⁹. « Seul entre en ligne de compte le préjudice causé à l'économie, comme l'article L. 464-2 du Code de commerce le prévoit expressément pour calculer le montant de la sanction pécuniaire¹³⁹⁰ ». La Cour d'appel de Paris a jugé en ce sens que « le dommage à l'économie résulte, en l'espèce, indépendamment du préjudice direct et immédiat souffert par les maîtres d'ouvrage, du caractère général, systématique et organisé des ententes incriminées, affectant une partie importante du secteur des travaux publics de la région Rhône-

¹³⁸⁸ Voir Y. Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile (Droit interne et communautaire)*, Coll. droit usuel, Dalloz 1991.

¹³⁸⁹ Voir Rapport comm. conc. Pour 1986 : JO doc. Adm. 1987, n°92, p.10 : « Il n'est pas nécessaire que l'entente ait eu pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence, il suffit (...) simplement qu'elle ait eu pour objet d'aboutir à un tel résultat ». Le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris suivent ce principe (V. par exemple : cons. Conc., déc., n° 88-D-II, 15 mars 1988 ; CA Paris, 27 févr. 1991 : BOCC 1991, p.75 – 14 juin 1995 : BOCC 1995, p.279.

¹³⁹⁰ L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, op. cit., n°471, p.368.

Alpes¹³⁹¹ ».

714. Pour autant, il n'est pas rare que l'infraction à ces articles soit à l'origine d'un préjudice subi par une ou plusieurs victimes. La pratique anticoncurrentielle condamnée par le juge peut en effet déboucher sur une atteinte à des intérêts individuels et ainsi poser la question de la possibilité de poursuivre la société filiale et sa mère en réparation des dommages causés au tiers. Il est à signaler qu'il n'existe en droit français aucun Code particulier de la concurrence déloyale mais seulement des textes épars qui concernent certaines pratiques commerciales, faisant partie du Code de commerce. Cette absence de textes particuliers n'interdisait pas au juge de bâtir de toute pièce une théorie de la concurrence déloyale fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil¹³⁹².

Dès lors, il apparaît que la filiale auteure de la violation doit être tenue pour responsable ; le tiers victime de pratiques anticoncurrentielles est recevable à agir contre elle en demandant réparation de son préjudice. De même, selon la doctrine et la jurisprudence, la société mère abusant de sa position dominante peut être condamnée en réparation du préjudice subi par les tiers à cause de sa faute. Dans un jugement rendu par le Tribunal de commerce de Nanterre le 11 mai 2006, une société spécialisée dans la fabrication et la distribution de compléments alimentaires, pour la confection desquels elle s'était approvisionnée auprès d'un fabricant, a engagé à l'encontre de ce dernier, membre du « *cartel des vitamines* » une action en réparation du préjudice consécutif à l'entente illicite, sous la forme d'une majoration du prix d'achat acquitté. Le tribunal de commerce, se prononçant sur l'action portée par le demandeur, victime des achats de matières premières effectués auprès du cartelliste de la mère et de la filiale à des prix majorés consécutifs à l'entente, expose que « la réparation du préjudice (...) suppose conformément aux principes de la responsabilité civile, qu'il existe une faute des défenderesses, un dommage et un lien de causalité, triptyque requis conformément aux préceptes dégagés des articles 1382 et 1383 du Code civil applicables à la responsabilité délictuelle pour faute ». Une filiale a été condamnée par cette décision du fait qu'elle s'était conformée aux instructions de sa mère, participant ainsi à la réalisation de l'infraction.

¹³⁹¹ CA. Paris, 17 janv.1991: BOCC 1991, p.33.

¹³⁹² Voir, A. Lecourt, *La concurrence déloyale, la justice au quotidien*, L'Harmattan, avril 2004, p.7 et s.

Sous-section II : La protection des créanciers de la filiale en droit de l'environnement

715. Les conséquences considérables des atteintes à l'environnement incitent les pouvoirs publics à remettre en cause les règles régissant la responsabilité de la société mère vis-à-vis des victimes des dommages causés par sa filiale. Comme l'exprime F.X. Lucas¹³⁹³ « Chaque nouveau sinistre environnemental est l'occasion de s'interroger sur la responsabilité des sociétés appartenant à un groupe. Le plus souvent l'auteur du dommage est incapable de le réparer et la question se pose immanquablement de savoir, lorsqu'il s'agit d'une société, s'il ne serait pas possible de solliciter sa société mère au titre de ce passif considérable que la filiale impécunieuse n'est pas en mesure d'assumer¹³⁹⁴ ». L'ex-président de la République, N. Sarkozy, a déclaré dans son discours de clôture du Grenelle de l'environnement, publié le 25 octobre 2007, « qu'il n'est pas admissible qu'une maison-mère ne soit pas tenue pour responsable des atteintes portées à l'environnement par ses filiales. Il n'est pas acceptable que le principe de la responsabilité limitée devienne un prétexte à une irresponsabilité illimitée. Quand on contrôle une filiale, on doit se sentir responsable des catastrophes écologiques qu'elle peut causer¹³⁹⁵ ».

Mais il faut souligner que l'idée d'engager la responsabilité de la société mère en matière de l'environnement revient à l'avant-projet *Catala* de réforme du droit des obligations, lequel en 2005 suggérait d'introduire au Code civil un nouveau régime de responsabilité du fait d'autrui : celle des sociétés mères du fait de leurs filiales¹³⁹⁶. Cette proposition a finalement donné lieu à la loi "Grenelle II" qui doit permettre de poursuivre

¹³⁹³ F.-X. Lucas, *Développement durable et droit des sociétés* : Bull. Joly 2008, p. 267.

¹³⁹⁴ En 1978, on se souvient du sinistre pétrolier de la société Amoco Transport, filiale de la société Amoco International Oil Company, elle-même filiale de la Standard Oil of Indiana, qui a causé par une fuite de pétrole sur la côte bretonne l'une des plus grandes catastrophes environnementales. Les victimes de la pollution causée par la « marée noire », des particuliers et des collectivités locales, ont poursuivi la société mère aux États-Unis. Celle-ci a finalement été jugée comme responsable et devait indemniser les victimes en 1992 après quatorze ans de procès. Le juge a relevé pour condamner la société mère qu'elle encadrait les filiales de telle sorte que ces dernières étaient ses « instruments » et qu'elle contrôlait la construction, l'opération et le management de l'Amoco Cadiz (voir C. Announ, *La responsabilité environnementale des sociétés mères*, *Environnement* n° 6, Juin 2009, dossier 7, p.1.).

¹³⁹⁵ Discours de clôture du Grenelle de l'environnement, 25 oct. 2007, disponible sur le site du Grenelle : www.legrenelle-environnement.fr. Voir aussi, par la circulaire du 22 décembre 2008 relative au risque de défaillance d'entreprises et d'apparition de sites pollués orphelins, dont un des paragraphes est dédié à l'« exemplarité des entreprises, en particulier des groupes ». Ce texte à destination de l'Administration rappelle que « jusqu'ici la législation ne permet pas de manière simple d'appeler la responsabilité des maisons mères au regard de leurs filiales », il indique dans le même temps qu'« il n'est pas toutefois acceptable qu'un grand groupe puisse envisager de laisser un site pollué au prétexte que sa filiale n'aurait pas les ressources nécessaires ».

¹³⁹⁶ B. Grimonprez, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, *Revue des sociétés* 2010, n°12, p. 715

les sociétés mères pour les dommages écologiques causés par leurs filiales en liquidation judiciaire. Le législateur français a inauguré un système tout à fait novateur en créant une nouvelle sanction pécuniaire en cas de liquidation judiciaire d'une société filiale dans l'incapacité de financer la remise en état du site pollué qu'elle exploitait à l'encontre de la société mère, actionnaire majoritaire même non dirigeant¹³⁹⁷.

716. Avant la promulgation de cette loi, l'idée dominante se fondait sur le principe selon lequel « la société mère ne souffre aucune responsabilité du fait de ses filiales et vice versa¹³⁹⁸ ». La jurisprudence faisant appel aux notions classiques de faute de gestion, d'abus de vote et de personnalité morale ne pouvait pas, à elle seule, offrir une protection efficace aux créanciers des sociétés filiales des dommages particulièrement graves, tels ceux écologiques. Il était constant que la Cour de cassation n'accorde pas de traitement juridique particulier au passif environnemental quant à une éventuelle remontée des responsabilités vers la société mère¹³⁹⁹. Il a été jugé qu'une société mère n'est pas tenue de financer sa filiale pour lui permettre de réaliser des travaux de nature à empêcher un dommage écologique, quand bien même cette filiale est chargée d'un service public pouvant présenter un risque pour l'intérêt général¹⁴⁰⁰. De même, en octobre 2005, une société filiale, dénommée "*Metaleurop Nord*", débitrice d'un lourd passif environnemental, avait été placée en liquidation judiciaire. Les liquidateurs de cette filiale ont demandé l'extension de la procédure collective à la société mère *Metaleurop SA*, compte tenu des éléments permettant, selon eux, de caractériser des relations financières anormales entre les deux sociétés (accords financiers et échanges de personnels notamment). Les magistrats de la Cour de cassation ont considéré qu'en l'absence de preuve de relations financières anormales propres à caractériser une confusion de patrimoine entre les deux sociétés, le jugement du tribunal de grande instance de Béthune qui a rejeté la demande d'extension à *Metaleurop SA* de la liquidation judiciaire ouverte à l'égard de *Metaleurop Nord* ne peut qu'être confirmé¹⁴⁰¹. Cette affaire a fortement retenu l'attention et choqué l'opinion

¹³⁹⁷ T. Montéran, *Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité* (article 227, II, de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010), *Recueil Dalloz* 2010 p. 2859.

¹³⁹⁸ M. Cozian et alter, *Droit des sociétés*, op. cit., n°1470.

¹³⁹⁹ M-P. Blin- Franchomme, *De l'« évolution des espèces » : vers une responsabilité environnementale des groupes de sociétés*, *Revue Lamy Droit des Affaires* – 2009, 42 > actualités > droit des sociétés commerciales > éclairage, p.42.

¹⁴⁰⁰ 16 Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11.619 : *Bull Joly* 2009, p. 908, F.G. Trébulle note: « c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu qu'une société mère n'est pas tenue de financer sa filiale pour lui permettre de remplir ses obligations même si celle-ci est chargée d'un service public pouvant présenter un risque pour l'intérêt général ».

¹⁴⁰¹ Cass. com. 19 avr. 2005, n° 05-10.094, *Facques c/ Theetten*: *JurisData* n° 2005-028189; *Bull. civ.* 2005, IV, n° 92; *Rapp. Cass.* 2005, la documentation française, 2006, p. 305 ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 133, obs.

publique par la possibilité offerte aux opérateurs de cloisonner la responsabilité environnementale au sein du groupe de sociétés en la cantonnant à une filiale défaillante à ses obligations de dépollution.

717. L'affaire Metaleurop aura ainsi été décisive dans la volonté d'appréhension de la société mère en cas de responsabilité de la filiale. Cinq ans plus tard, deux dispositions ont été introduites dans le droit français : l'une consistant en l'article 227 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite «Grenelle II») (devenu l'article L. 512-17 du Code de l'environnement) qui traite de la question essentielle de la responsabilité des sociétés mères lorsqu'une société qui leur est liée se montre incapable de faire face à ses obligations de prévention, de remise en état, ou de réparation des dommages qu'elle a causés à l'environnement. L'autre disposition est instaurée par l'article (devenu l'article L.233-5 du Code de commerce) qui permet à la société mère (au sens de l'article L. 233-2 et 3 du même Code) de prendre à sa charge des engagements pris par sa filiale. Considérant l'importance singulière que présentent ces deux textes aux créanciers des sociétés filiales, il convient de les analyser successivement.

I- La responsabilité de la société mère selon l'article L. 512-17 C.E.

718. Aux termes de cet article, « lorsque l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce et qu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'État dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité.

Lorsque la société condamnée dans les conditions prévues au premier alinéa n'est pas à même de financer les mesures de remise en état en fin d'activité incombant à sa filiale, l'action mentionnée au premier alinéa peut être engagée à l'encontre de la société dont elle est la filiale au sens du même article L. 233-1 si l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère ayant contribué à une insuffisance d'actif de la filiale est établie. Ces dispositions s'appliquent également à la société dont la société condamnée en

J.-P. Legros ; D. 2005, act. jurispr. p. 1225, obs. A. Lienhard ; JCP G 2005, II, 10088, note O. Bouru et M. Menjucq. - B Rolland, Metaleurop : L'extension de procédure entre fictivité et confusion de patrimoines : JCP E 2005, 721 s.

application du présent alinéa est la filiale au sens du même article L. 233-1, dès lors que cette dernière société n'est pas capable de financer les mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité incombant à sa filiale.

Lorsque l'article L. 514-1 du présent Code a été mis en œuvre, les sommes consignées, en application du 1° du I du même article, au titre des mesures de remise en état en fin d'activité, sont déduites des sommes mises à la charge de la société mère en application des alinéas précédents. ». La société mère peut désormais se voir imposer le financement d'une partie des obligations environnementales de sa filiale en liquidation judiciaire.

Nous étudierons d'abord les conditions de l'action en comblement de passif, instaurée par l'article 512-17 du Code de l'environnement, et ensuite les effets qui résultent de cette action.

A- Les conditions de l'action en comblement de passif

En lisant l'article L.512-17, on constate que quatre conditions préalables doivent être remplies pour l'exercice de l'action en comblement de passif. Il convient de les aborder successivement.

1- Une participation majoritaire par la société mère dans sa filiale

719. Les participations dont la société mère dispose dans sa filiale doivent atteindre celles requises à l'article L. 233-1 du Code de commerce pour l'existence d'un rapport de filiation, à savoir la détention d'une fraction supérieure à la moitié du capital de la filiale. Cette exigence, privilégiant une approche classique du pouvoir dans les groupes, cantonne le champ d'application de ces dispositions aux opérations de filialisation qui renvoient au seul capital possédé par la société mère. Une société contrôleuse au sens des alinéas 3 ou 16 de l'article L. 233 n'a pas à être tenue de combler l'insuffisance de l'actif de sa filiale, quand bien même les autres conditions sont réunies.

À vrai dire, cette condition ne semble guère en phase avec les objectifs attendus de la réforme qui visent à protéger les créanciers des sociétés contrôlées contre la société contrôleuse. En effet, la responsabilité devrait reposer sur le pouvoir de décision dans les assemblées générales de la filiale, lié tout autant à la possession d'une fraction du capital social qu'à la détention des droits de vote.

720. Par ailleurs, l'article L.512-17 traite également du cas où la société mère se retrouve elle-même dans l'impossibilité financière de prendre à sa charge les obligations

financières de sa filiale. Dans ce cas, il est possible d'engager une action contre la société dont elle est elle-même la filiale. Le tribunal peut demander à ce que la société « grand-mère » prenne à sa charge ces obligations. Cette responsabilité pourra être recherchée exclusivement si une faute de la société grand-mère a contribué à l'insuffisance d'actifs de la société mère. Pourra également être recherchée, de la même façon, la responsabilité des sociétés arrière-grand-mères en cas de défaillance de la société grand-mère (C.E. art L.512-17, al. 2).

2- La filiale exploitante doit être en liquidation judiciaire

721. Cette condition exige une double obligation : d'une part, la filiale en cause doit avoir la qualité d'exploitant d'une installation classée pour la protection de l'environnement. Il s'agit en la matière des installations visées par l'article L. 511-1 du Code de l'environnement, et identifiées à ce titre dans la classification dite « *nomenclature ICPE* » en raison des dangers ou inconvénients qu'elles sont susceptibles de présenter pour la commodité du voisinage, la sécurité publique ou l'environnement, notamment. Leur exploitation est soumise à déclaration, enregistrement ou autorisation, selon l'importance des dangers et inconvénients qu'elles peuvent présenter. De même, selon ledit article, la filiale en difficulté doit être l'objet d'une procédure collective de liquidation judiciaire ouverte et prononcée à son encontre en raison de l'insuffisance de son actif. Cela signifie qu'une procédure de redressement ou de sauvegarde ouverte à son égard n'est pas suffisante pour engager la responsabilité de la société mère. Cette exigence pose en effet une question majeure à propos de la nécessité d'une action en comblement de passif instaurée par l'article L.512-17 du Code de l'environnement, qui s'ajoute à celle fondée sur l'article L.651-2 du Code de commerce.

Malgré la similitude entre ces deux actions, on peut observer certaines nuances. L'action en comblement de passif introduite par l'article L.512-17 du Code de l'environnement ne s'applique que sur la société mère détentrice d'une fraction supérieure à la moitié du capital de sa filiale (autrement dit associée majoritaire) alors que l'action en comblement de passif fondée sur l'article L.651-2 du Code de commerce n'intéresse, comme nous l'avons étudié, que les dirigeants sociaux. Elle ne s'applique à la société mère que si celle-ci endosse la qualité de dirigeant de droit ou de fait. De surcroît, l'action en comblement de passif s'applique selon l'article L.651-2 à toute société sans tenir compte de son activité ou de son appartenance ou non à un groupe. Les dirigeants de droit ou de fait d'une société isolée ou

exploitant une activité favorable à l'environnement peuvent se voir intéresser par la procédure de liquidation ouverte à son encontre. En d'autres termes, le législateur a voulu, semble-t-il, mettre à la disposition des créanciers des sociétés filiales exploitant une activité néfaste pour l'environnement une nouvelle action en comblement de passif, qui s'appliquera à la société mère en tant qu'associée majoritaire, peu importe qu'elle ait ou non la qualité de dirigeant de fait. L'intérêt de cette disposition serait ainsi de subordonner la responsabilité de la société mère à la preuve de sa faute au sens large et non à sa qualité de dirigeant.

3- Une insuffisance d'actif de la filiale doit être constatée

722. La filiale en cause doit se retrouver dans l'impossibilité de faire face à ses obligations de remise en état du ou des sites pollués en fin d'activité. Cette condition ne présente pas de particularité. Elle s'établit, comme dans le domaine de la procédure collective, par la différence entre le montant du passif déclaré admis et le montant de l'actif de la personne morale débitrice tel qu'il résulte des réalisations effectuées. Doit dès lors être exclue la cessation du paiement par la filiale qui n'est pas due à une insuffisance d'actifs, de même que les difficultés financières qui n'amènent pas à cette insuffisance. Une simple absence de remise en état du site pollué, qui ne serait pas la conséquence d'une insuffisance d'actif, ne serait pas non plus suffisante¹⁴⁰².

4- Une faute caractérisée doit être commise par la société mère

723. Cette condition implique non seulement la preuve d'une faute commise par la société mère, mais également d'une faute de caractère particulier. Cette exigence conduit à deux observations : d'une part, la responsabilité de la société mère n'est pas présumée du seul fait qu'elle dispose d'une fraction du capital de sa filiale équivalant à celle prévue à l'article L.233-1 du Code de commerce. Il faut cependant que le demandeur à l'extension de la procédure de liquidation aboutisse à établir à l'encontre de la société mère l'existence d'une faute commise au sein des assemblées générales de sa filiale. D'autre part, la faute imputée à cette société doit, selon l'article L.512-17 du Code de l'environnement, être caractérisée¹⁴⁰³. Cette qualification soulève une difficulté particulière. En effet, ce genre de

¹⁴⁰² Voir, *T. Montéran, op. cit., p. 2860*

¹⁴⁰³ Cette exigence n'a apparu qu'au cours des débats devant l'Assemblée Nationale ; le projet initial stipulait seulement l'existence d'une faute simple. Plusieurs propositions ont été présentées avant de parvenir à cette qualification. Fut alors proposée la qualification de « faute intentionnelle », avant que soit retenue celle de « faute caractérisée ». Un nouvel amendement, adopté à l'unanimité par la commission mixte paritaire, revint à la faute simple...et fut rejeté en raison de l'avis défavorable des rapporteurs. Voir en ce sens *G-J. Martin*,

faute ne s'entend pas d'une faute de gestion car celle-ci n'est pas imputable aux dirigeants, mais à la société mère, actionnaire de sa filiale. Il doit s'agir, à notre sens, d'une faute lourde, qui s'oppose à la faute simple et qui mène par nature à l'insuffisance d'actif de la filiale. Ce sont les actes traduisant une imprudence ou débouchant sur un abus de vote ou de personnalité morale qui doivent être pris en considération pour attribuer cette qualification à la société mère. On pourrait donner à titre d'exemple, l'organisation par la société mère de l'insolvabilité de sa filiale, l'instauration d'une politique commune de groupe menant à l'insuffisance d'actif de la filiale, la sous-filialisation motivée par la volonté de segmenter les risques.

B- Les conséquences de l'action en responsabilité environnementale

724. La réunion des précédentes conditions implique de mettre à la charge de la société mère, grand-mère ou arrière-grand-mère « tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité », c'est-à-dire des seules mesures imposées à l'exploitant en application des articles R. 512-39-1, II et III du Code de l'environnement. Bien que le texte exige la preuve d'une faute caractérisée commise par la société mère, ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la filiale, ce même article prévoit que le tribunal pourra ne mettre à la charge de cette société qu'une partie du financement des mesures. Ce pouvoir souverain du tribunal semble à notre avis critiquable dans la mesure où la responsabilité de la société mère ne présente aucune dérogation au droit commun. Les créanciers de la filiale défaillante, déjà chargés d'établir la faute caractérisée, risquent en effet de voir inexécutée une partie de l'insuffisance d'actif de la filiale débitrice, bien que l'impécuniosité de celle-ci soit consécutive à une faute grave de sa mère.

725. De surcroît, cette contribution financière ne saurait porter que sur les mesures de remise en état du site prévues dans la législation ICPE pour certaines installations. Les autres dispositions du Code de l'environnement, bien que pouvant emporter création d'une dette environnementale (loi sur les déchets, loi sur l'eau, mais aussi loi sur la responsabilité environnementale) ne sont pas ici visées par la création d'une responsabilité de la société mère, « pas plus d'ailleurs que les textes de droit commun ou spéciaux instaurant une action en responsabilité civile en cas d'atteintes environnementales subies par des tiers¹⁴⁰⁴ ».

Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II »), Rev. Soc. 2011, p.25.

¹⁴⁰⁴ M-P. Blin-Franchomme, *op.cit.*, p.47.

En substance, la responsabilité de la société mère, régie par l'article L. 512-17, n'outrepasse pas la personnalité juridique de cette société. De fait, elle diffère des règles susvisées, relatives à la fictivité et à la confusion de patrimoine qui supposent dans le premier cas de « lever le voile » sur la personnalité morale, et dans le second d'amalgamer les consistances des patrimoines confondus et ainsi l'extension de la procédure collective de l'un à l'autre.

II- La responsabilité de la société mère régie par l'article L. 233-5-1 C. com.

726. Les groupes de sociétés ne sont pas d'ordinaire « d'odieux pollueurs irresponsables ». Certaines maisons-mères souhaitaient même prendre en charge des obligations incombant normalement à leurs filiales défailtantes, qu'elles soient fautives ou non. Or de telles interventions apparaissent d'une légalité douteuse au regard du droit des sociétés et du droit pénal des affaires. Le législateur a donc inséré un article L.233-5-1 dans le Code de commerce, qui soumet au régime des conventions réglementées les engagements des sociétés mères relatifs à la prise en charge des obligations de prévention et de réparation des dommages environnementaux visés par la loi du 1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale causés par leurs filiales ou les sociétés qu'elles contrôlent. Au visa de ce texte, « la décision par laquelle une société qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société au sens de l'article L. 233-1, qui détient une participation au sens de l'article L. 233-2 ou qui exerce le contrôle sur une société au sens de l'article L. 233-3 s'engage à prendre à sa charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation qui incombent à cette dernière en application des articles L. 162-1 à L. 162-9 du Code de l'environnement, est soumise, selon la forme de la société, à la procédure mentionnée aux articles L. 223-19, L. 225-38, L. 225-86, L. 226-10 ou L. 227-10 du présent Code ».

727. Ce texte ouvre donc la possibilité pour toute société mère ou contrôleuse, voire toute société ayant une participation au capital d'une autre société, d'exécuter directement les obligations de prévention et de réparation incombant à la société qui lui est liée en cas de défaillance de cette dernière¹⁴⁰⁵. Des difficultés ne manquent cependant pas d'être

¹⁴⁰⁵ Comme le constate un auteur, ce texte octroie aux sociétés intéressées un droit d'agir en faveur d'autres sociétés liées à leur groupe. Aucune obligation au passif environnemental entre ces sociétés n'est cependant créée. « *Il se borne à consacrer une approche purement volontaire de la prise en charge, par le groupe, du dommage écologique au sens de la loi de 2008 (soit une atteinte grave ou une menace imminente grave portée aux sols, à l'eau, à la biodiversité protégée et aux services écologiques) lorsque l'auteur est une*

soulevées par ce texte en raison des imprécisions terminologiques. D'une part, à la différence du cas prévu à l'article L. 512-17 du Code de l'environnement, le mot "défaillante" utilisé pour caractériser la filiale garantie n'a pas été défini, ce qui implique de s'interroger pour savoir si cette filiale doit ou non faire l'objet d'une procédure collective pour ouvrir à sa mère le droit d'exécuter ses obligations, ou s'il suffit une simple inexécution. Nous adhérons à l'avis de *Hannoun* selon lequel la finalité de ce texte commande d'offrir à la société-mère la possibilité de prendre en charge les obligations de sa filiale en difficulté et non forcément en liquidation judiciaire. Ce texte « vise à permettre aux sociétés mères de prendre en charge directement les obligations de leur filiale sans se heurter aux obstacles pouvant résulter du droit des sociétés voire du droit pénal¹⁴⁰⁶ ». Pour sa part, *M-P. Blin-Franchomme* s'est déclarée favorable à cette interprétation en affirmant que « le soutien opéré par ce texte aux démarches volontaires laisse cependant plus logiquement penser que le groupe est sollicité pour intervenir spontanément avant même que la société soit en faillite¹⁴⁰⁷ ».

728. D'autre part, cet article se réfère à trois dispositions pour établir la notion de « société prenant à sa charge les obligations de celle qui lui est liée » : la première est l'article L. 233-1 du Code de commerce précité, exigeant la possession par cette société d'une participation supérieure à la moitié du capital de la filiale. En d'autres termes, ce texte exige le même taux de participation prévu à l'article L. 512-17 du Code de l'environnement pour retenir la responsabilité de la société mère engagée¹⁴⁰⁸. La seconde référence se rapporte au deuxième alinéa de l'article L. 233 du même Code au terme duquel : « lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 et 50 %, la première est considérée pour l'application du présent article, comme ayant une participation dans la seconde ». En principe, cet alinéa n'intéresse pas la société mère ou contrôleuse, mais prioritairement celle ayant une participation dans une autre société. En se référant à cet alinéa, l'article L. 233-5-1 du Code de commerce a

société liée « défaillante ». voir *M-P. Blin-Franchomme, op.cit., p.49*

¹⁴⁰⁶ *Ch. Hannoun, La responsabilité environnementale des sociétés mères, Environnement, n°6, juin 2009.*

¹⁴⁰⁷ *M-P. Blin-Franchomme, op. cit., p. 47 ; voir aussi le même auteur qui écrit dans un autre article (M-P. Blin-Franchomme, L'autre « affaire du voile »: convictions sociétales versus responsabilité environnementale des groupes, Revue Lamy Droit des Affaires - 2010 , p.52 et s.) que « La référence à la « défaillance de la filiale » est large, et le dispositif ne paraît donc pas être subordonné à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou à une liquidation de la filiale, ce qui favorisera une intervention financière plus précoce de la mère ».*

¹⁴⁰⁸ Une différence fondamentale s'avère cependant claire entre ces deux textes, consistant en ce que la responsabilité de la société mère prévue à l'article 233-5-1 est facultative : elle suppose un accord explicite de cette société.

nettement élargi son champ d'application, conférant à toute société dont les participations s'élèvent à 10 % au moins du capital d'une autre société un droit à prendre à sa charge les obligations incombant à cette dernière¹⁴⁰⁹.

729. S'agissant de la troisième référence, elle relève du troisième alinéa de l'article L. 233 du même Code qui définit la notion de société contrôleuse. Selon le premier paragraphe de cet alinéa, une société en contrôle une autre dans les cas suivants : lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; lorsqu'elle détient de fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. De même, le deuxième paragraphe dudit alinéa présume le contrôle exercé par la société lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Selon le troisième paragraphe de cet alinéa « deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles détiennent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

L'enjeu de cette référence consiste à détacher le droit de vote qu'exerce la société garante dans la société prise en charge de la possession d'une fraction du capital social. Il suffit que cette société dispose de la majorité des droits de vote, peu importe que cette majorité soit ou non liée à la détention d'une fraction capitalistique. De surcroît, le troisième paragraphe de cet alinéa semble d'une importance particulière lorsqu'il s'agit d'un groupe de sociétés. En effet, il advient souvent qu'une société mère, disposant d'une fraction minimale dans une autre, agisse de concert avec une ou plusieurs filiales afin de maintenir son contrôle sur cette dernière. Au vu de cette référence, l'ensemble des sociétés concertées sont présumées exercer le contrôle sur la société cible, susceptibles ainsi selon l'article L. 233-5-1 de prendre à leur charge, de manière conjointe ou individuelle, les obligations de cette société.

¹⁴⁰⁹Voir en même sens, *M-P Blin-Franchomme, De l'« évolution des espèces » : vers une responsabilité environnementale des groupes de sociétés, op.cit., p.42.*

730. Par ailleurs, l'article L. 233-5-1 du Code de commerce soumet au régime des conventions réglementées les engagements des sociétés liées à son champ d'application de prendre en charge tout ou partie des obligations de prévention et de réparation des sociétés qui leur sont affiliées. La procédure des conventions réglementées, nous l'avons constaté, consiste en un mécanisme d'autorisation préalable ou postérieure à la conclusion de certaines conventions. Ainsi, selon la forme de la société voulant s'engager, une autorisation devra être accordée à son représentant par son conseil d'administration ou son conseil de surveillance, préalablement à la conclusion de la convention par laquelle elle prend à sa charge les obligations de prévention et de réparation en cas de défaillance de sa filiale¹⁴¹⁰. Une telle soumission au régime des conventions réglementées n'échappe pas à la critique. D'une part, et comme le laissent entrevoir *B. Dondero* et *P. Le Cannu*¹⁴¹¹, l'application de ce régime est inadaptée voire inutile. En effet, c'est seulement la décision de prendre en charge les obligations de la société-filiale (et non la convention mettant ces obligations à la charge de la société-mère) qui est soumise au régime des conventions réglementées ; or la procédure en question est relative à des conventions et non à des décisions. Ainsi, afin d'éviter une double autorisation (celle de la décision et celle de la convention), il aurait été plus simple de viser directement la convention par laquelle la société-mère ou contrôleuse s'engage à prendre en charge ce passif. Cependant, la chose nouvelle dans cette disposition consiste en ce qu'elle permet à la société mère ou contrôleuse de s'impliquer dans des obligations qui sont par principe interdites. Comme nous l'avons observé plus haut, les conventions interdites s'entendent comme celles qui présentent un risque majeur pour le patrimoine social. Il est vrai que les articles L. 225-43 et L. 226-10 du Code de commerce instaurent une dérogation en faveur du dirigeant personne morale, mais la nouveauté de cette disposition porte tout particulièrement sur la société mère ou contrôleuse n'ayant pas la qualité de dirigeant de leur filiale. En effet, il suffit à cette dernière, pour pouvoir prendre à sa charge les obligations de prévention ou de réparation incombant à sa filiale, de disposer dans celle-ci d'une fraction du capital ou des droits de vote égale à celle prévue à l'article 233 du Code de commerce ; c'est-à-dire qu'elle soit associée non dirigeante.

¹⁴¹⁰ Voir, A. Delsaux, *Grenelle 2 et gouvernement des entreprises*, *Rev. JurisClasseur, Environnement* n° 10, octobre 2010, étude 24, document 6 de 8., n°38.

¹⁴¹¹ B. Dondero et P. Le Cannu, « Haro sur le groupe de sociétés ? », in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2009, p.759.

Section II : La protection des créanciers de la filiale, fournie par le droit civil

731. Rappelons en préalable l'antagonisme qui caractérise la vie des groupes, consistant en ce que les sociétés filiales, bien que disposant chacune de son existence juridique, ne soient en règle générale pas contrôlées pour être gérées dans leur propre intérêt, mais dans celui du groupe. Lorsque ces intérêts ne coïncident pas, l'intérêt du groupe prévaut sur celui des filiales. Cette absence de correspondance des intérêts en présence, couplée avec la prévalence systématique de l'intérêt du groupe, peut engendrer des risques majeurs de nature variée. D'une part, des manipulations sont concevables aux fins de transférer artificiellement, sans justification légitime, des bénéfices réalisés dans une filiale donnée à d'autres sociétés du groupe, lésant en conséquence ses créanciers par l'appauvrissement de son patrimoine. Cela arrive d'ordinaire lorsque la filiale souffre de difficultés financières, susceptibles de l'exposer à une procédure de liquidation judiciaire. En vue d'échapper à d'éventuelles poursuites, cette société procède à la conclusion, avec d'autres sociétés du groupe, d'actes préjudiciables à ses créanciers. La question se pose d'examiner la possibilité d'appliquer certaines règles du droit civil relatives à l'action paulienne.

732. D'autre part, il est également concevable que la société filiale soit créancière de sa mère ou d'autres sociétés du groupe et qu'elle s'abstienne de réclamer ses droits. Cette omission peut être dictée par la société mère en vue de se servir des biens objets de la créance ou d'en faire profiter d'autres sociétés du groupe au lieu de les mettre à la disposition des créanciers de sa filiale débitrice. En l'occurrence, on se demande si ces derniers peuvent recourir au régime de l'action oblique afin de revendiquer aux lieu et place de la filiale débitrice les droits dont elle dispose à l'encontre de sa mère ou d'autres sociétés du groupe.

De même, l'existence du groupe de sociétés, comme nous l'avons évoqué, se justifie souvent par l'existence d'une complémentarité des activités des sociétés membres. La mise en œuvre de cette complémentarité implique que l'activité de chaque filiale soit investie d'une tâche particulière, tout en étant liée à un pôle de contrôle qui confie à la structure du groupe une unité économique. Cette situation peut déboucher sur l'existence d'un groupe de contrats entre la société mère et les filiales ainsi qu'entre ces derniers ensembles¹⁴¹². En

¹⁴¹² Voir en même sens, *T. Gautier, op. cit., n°497, p. 325* : « l'activité de la société (membre d'un groupe)

l'occurrence, il arrive que l'inexécution ou l'exécution défectueuse de ces contrats soit à l'origine d'un préjudice subi par un tiers contractant avec la filiale victime. La question se pose ainsi de savoir si celui-ci peut assigner directement la société défaillante. La réponse doit être affirmative et le moyen prendra en fait deux formes : d'une part, le législateur reconnaît dans certains cas aux créanciers un droit d'intenter leur action directement, non seulement à l'encontre de leur débiteur, mais encore à l'encontre du débiteur de ce dernier. D'autre part, la jurisprudence a depuis longtemps admis qu'un tiers victime d'une non-exécution du contrat est recevable à agir en justice contre le débiteur défaillant à ses obligations.

Trois points successifs doivent dès lors être abordés : l'action paulienne, l'action oblique et l'action directe.

Sous-section I : L'action paulienne, moyen de protection des créanciers de la filiale

733. Il n'est pas exclu qu'une filiale traversant des difficultés d'ordre pécuniaire agisse en défaveur de ses créanciers. Ses dirigeants, soumis au contrôle de la société mère, se voient souvent contraints de procéder à des opérations de transferts du patrimoine social qui visent pour l'essentiel à éviter la poursuite des créanciers¹⁴¹³. Dans le cadre des groupes, la direction centrale, représentée par le conseil d'administration ou le directoire de la société mère, a accès à la totalité des informations relatives aux sociétés membres jouissant d'une vue consolidée du groupe. Elle est en mesure de surveiller la situation patrimoniale des filiales et de détecter ainsi, avant toute autre personne extérieure au groupe, les éventuelles difficultés financières rencontrées par certaines. Cet avantage lui permet de prendre des mesures concrètes qui privilégient certains créanciers de la filiale débitrice, liés au groupe au détriment d'autres externes, voire d'abandonner cette dernière à la faillite après en avoir extrait les derniers avantages possibles pour le groupe. C'est également dans ce même contexte que la filiale peut se porter au secours de certaines entreprises en difficulté ou dans le besoin en leur accordant des prêts sans intérêts ou en se portant caution de leurs dettes sociales, déterminant ou aggravant en cela son insolvabilité.

s'insère dans le fonctionnement du groupe au point tel que l'entité du groupe efface l'autonomie juridique de la personne morale ».

¹⁴¹³ Voir en même sens, B. Lecourt, *La gratuité et le droit des affaires*, RTD Com. 2012, p.455 : « On sait que l'existence d'un groupe de sociétés est susceptible de favoriser les transferts de biens, apparents ou occultes, réalisés sans contrepartie, une société du groupe pouvant aussi bénéficier d'abandons de créance de la part d'une autre société du groupe ».

Dans ces hypothèses, les créanciers de la filiale victime disposent d'un intérêt tout particulier à obtenir l'annulation, sinon l'inopposabilité à leur encontre, de toutes ces opérations. Le moyen de droit spécifique qui permet de restituer le patrimoine de la filiale débitrice est donc l'action paulienne. En effet, les droits civils français et libyen procurent à un créancier la possibilité d'agir en inopposabilité contre les actes passés par le débiteur en fraude de ses droits. Selon l'article 1166 du Code civil français « ils [les créanciers] peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leur droit. Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre Des (*sic*) successions et au titre Du (*sic*) contrat de mariage et des régimes matrimoniaux, se confirmer aux règles qui y sont prescrites ».

734. L'action paulienne est régie en droit libyen de manière plus détaillée par les articles 240 et 241 du Code civil. Aux termes du premier texte : « Tout créancier dont le droit est exigible, peut demander que l'acte juridique accompli par le débiteur au préjudice de ses droits, soit déclaré sans effets à son égard, pourvu que cet acte, soit en diminuant ses biens, soit en augmentant ses obligations, ait déterminé ou aggravé son insolvabilité et que l'une des conditions prévues à l'article suivant soit remplie ».

Au visa de l'article 241 du même Code, intitulé "les conditions de l'action en nullité",
«1- Si l'acte passé par le débiteur est à titre onéreux, il n'est pas opposable au créancier s'il y a fraude de la part du débiteur et si l'autre partie a eu connaissance de cette fraude. Il suffit, pour que l'acte soit réputé frauduleux de la part du débiteur, que celui-ci connaisse, au moment de la conclusion de l'acte, son état d'insolvabilité. L'autre partie est censée avoir eu connaissance de la fraude du débiteur, si elle était au courant de cet état d'insolvabilité.

2- Si, en revanche, l'acte passé par le débiteur est à titre gratuit, il est inopposable au créancier au cas même où l'acquéreur serait de bonne foi.

3- Si l'acquéreur a aliéné, à titre onéreux, le bien qui lui a été transmis, le créancier ne peut invoquer l'inopposabilité de l'acte de son débiteur que si le sous-acquéreur a lui-même eu connaissance de cette fraude, au cas où l'acte consenti par le débiteur l'a été à titre onéreux et, en cas d'acte à titre gratuit, que si le sous-acquéreur a eu connaissance de l'insolvabilité du débiteur, au moment où l'acte a été consenti à l'acquéreur ».

735. A la différence des textes libyens, l'article 1167 du Code civil français ne distingue pas les actes conclus à titre gratuit de ceux synallagmatiques : le créancier doit

établir dans tous les cas l'existence d'une fraude commise par son débiteur¹⁴¹⁴. Cependant selon le texte libyen, l'acte conclu à titre gratuit est inopposable au créancier, peu importe que le débiteur ait agi frauduleusement et nonobstant que le tiers soit ou non de bonne foi. Cette distinction semble pleinement souhaitable en droit français pour différentes raisons. En effet, et comme on le sait, le champ d'application du régime des conventions interdites a été notablement réduit par l'article L.511-7,1,3° du Code monétaire et financier, applicable aux conventions de trésorerie¹⁴¹⁵. Cette disposition, permettant aux sociétés membres d'un groupe de passer des conventions de trésorerie, ne prévoit aucune définition afférente à ces actes. Cette ignorance a conduit la doctrine et la jurisprudence à interpréter le texte *lato sensu* et de manière suffisamment flexible pour pouvoir répondre aux exigences financières des groupes, interprétation qui ne convient guère aux créanciers des sociétés engagées¹⁴¹⁶. De même, au regard du droit des sociétés, l'interdiction faite aux dirigeants de contracter, sous quelque forme que ce soit, un emprunt auprès de la société est levée lorsque le dirigeant est une personne morale. Par suite, même si la société-mère exerce une fonction de dirigeant dans sa filiale, cette dernière peut lui consentir un prêt. Dans ces hypothèses, le fait d'exiger du créancier d'établir que l'acte en cause a été inspiré par le souci de faire fraude à ses droits empêche la possibilité d'assigner par l'action paulienne la filiale débitrice. Cet obstacle a été surmonté en droit libyen par l'article 241-2 du Code civil qui prévoit l'inopposabilité d'un tel acte au créancier sans pour autant tenir compte de la bonne ou de la mauvaise intention du débiteur ou du tiers. Le créancier d'une filiale en difficulté peut à cet effet utiliser l'action paulienne dès lors qu'il prouve la conclusion d'un acte privé de toute contrepartie.

736. Toutefois, la jurisprudence française a tenté de combler cette lacune en montrant une certaine tolérance pour les actes dépourvus de contrepartie. Elle n'exige plus l'intention de nuire et se contente de la simple connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause

¹⁴¹⁴ Voir, B. Roman, *La caution et l'action paulienne : la délicate alliance des règles de fond et de procédure*, Recueil Dalloz, 2003, p. 2156 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, les obligations*, 5e éd. Defrénois, Lexisnéoédition, 2011, p.635 et s.

¹⁴¹⁵ Aux termes de cet article « l'interdiction faite à toute personne à titre habituel ne fait pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelque soit sa nature, puisse procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elles, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ».

¹⁴¹⁶ cf. supra, n° 104 et s. Ces conventions s'entendent selon la doctrine et la jurisprudence soutenues de toute opération réservée en principe aux établissements de crédit, telle les versements par une filiale à d'autres sociétés du groupe, sous la forme de prêt d'argent ou d'avances de trésorerie, ou de garantie, de cautionnement, d'aval présentés par une filiale aux créanciers de sa mère ou d'une autre société affiliée de son groupe » ; voir aussi, O. Delcourt, *Les opérations de trésorerie internes aux groupes de sociétés, aspects juridiques et fiscaux*, Publibook, p. 19 et s.

au créancier en rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité¹⁴¹⁷. En ce sens la Cour de cassation a déclaré dans un arrêt rendu le 14 février 1995 que : « si la fraude du débiteur est une condition nécessaire à la recevabilité de l'action, cette fraude n'implique pas nécessairement l'intention de nuire, elle est caractérisée par la connaissance du débiteur et de son cocontractant à titre onéreux du préjudice causé au créancier par l'acte¹⁴¹⁸ ». Il en résulte qu'en ce qui concerne une filiale débitrice elle-même, la condition de fraude sera facilement remplie : dès lors qu'elle connaît sa mauvaise situation patrimoniale, elle ne peut ignorer qu'en consentant à une autre société du groupe un acte gratuit, elle porte préjudice à ses créanciers. De plus, la même jurisprudence estime que, même si le tiers est de bonne foi, il ne peut conserver un avantage obtenu gratuitement face à un créancier dépouillé¹⁴¹⁹.

737. La règle en droits français et libyen ne semble pas non plus identique lorsqu'il s'agit d'un acte onéreux. Bien que le créancier ne puisse attaquer l'acte accompli qu'en établissant l'existence d'une fraude commise par le débiteur¹⁴²⁰, le texte libyen a sensiblement simplifié la preuve en faveur du créancier : il suffit pour considérer l'acte du débiteur comme frauduleux d'établir que celui-ci a agi avec le tiers en connaissance de son état de surendettement. De plus, même si l'alinéa 1 de l'article 241 du Code civil exige, par principe, la connaissance du tiers cocontractant de la fraude commise par le débiteur, il a instauré une présomption en faveur du créancier : le tiers est présumé conscient s'il savait agir avec un débiteur surendetté. Ces deux dérogations, inconnues en droit français, présentent un intérêt singulier dans les pratiques des groupes : une société filiale insolvable qui conclut une convention appauvrissante avec sa mère ou sœur connaissant son insolvabilité, ne peut être à l'abri de l'action paulienne. Autrement dit, il suffit au créancier de prouver deux éléments pour pouvoir établir la fraude de la filiale débitrice : que la société tierce agisse avec une filiale en difficulté et qu'elle soit au courant de l'insolvabilité de cette filiale. Cette dernière preuve est facile à établir si la société cocontractante exerce dans la filiale une fonction de dirigeant ou si elle est la mère de cette filiale.

738. Par ailleurs, il ne suffit pas que le débiteur (la filiale le cas échéant) commette une fraude en agissant avec le tiers, mais il faut également que l'acte conclu soit de nature

¹⁴¹⁷ Cass. ch. civ. 2 mai 1989, Bull. civ. 1, n°172.

¹⁴¹⁸ Cass. ch. civ. 14 févr. 1995.

¹⁴¹⁹ Cass. civ. 23 avr. 1981, Bull. civ., n°130 ; cass. com. 22 mai 1978, Bull. Civ., IV, n°139.

¹⁴²⁰ A. Bénabent, *Droit civil, les obligations*, 12 éd. Montchrestien, 2010, p. 612, n°856 : « la simple mauvaise affaire faite par le débiteur ne peut être remise en cause, car il faut une certaine sécurité dans les relations contractuelles ».

préjudiciable à son patrimoine : augmenter ses obligations ou amoindrir ses biens. En matière des groupes, cette exigence ne pose pas de difficultés, car la situation financière des sociétés membres est strictement contrôlée par les comptes annuels et les comptes consolidés que les dirigeants de la filiale ou de la société contrôleuse ont la charge d'établir¹⁴²¹. Lorsque ces comptes font apparaître un décalage entre les actifs disponibles et les passifs exigibles de la société débitrice, les actes accomplis par cette dernière pourront facilement être la cible d'une action paulienne¹⁴²².

739. Une question majeure concerne deux opérations financières liées à la vie des sociétés et des groupes, à savoir : la sous-filialisation et la distribution des bénéfices réalisés par une filiale débitrice. Ces opérations sont de nature à porter préjudice aux créanciers de cette filiale, car elles peuvent être assimilées à une donation favorisant l'actif du groupe à leur détriment.

Dans un arrêt rendu en décembre 2002 sur renvoi après cassation, la Cour de cassation française a eu l'occasion de se prononcer sur la première question. Il s'agit en l'espèce de deux personnes physiques dites Mme X... et M. Y..., qui, s'étant portées, envers le Crédit Commercial de France (une banque), cautions solidaires du solde du compte courant d'une société, appelée *Menuiserie Artisanale Charentaise (MAC)* ainsi que du remboursement d'un prêt de 200 000 francs consenti à cette société par la banque. Ils ont ensuite constitué entre eux une SCI en y apportant, chacun, un immeuble leur appartenant. Cette dernière a été *a posteriori* mise en liquidation judiciaire et la banque, après avoir obtenu diverses condamnations contre Mme X... et M. Y... en leurs qualités de cautions solidaires de la société MAC, a poursuivi l'annulation de l'apport des deux immeubles à la SCI sur le fondement de l'article 1167 du Code civil. La Cour de cassation a affirmé que « l'apport d'un immeuble à une SCI ne peut être révoqué sur le seul fondement de l'article 1167 du Code civil que s'il constitue un appauvrissement du patrimoine du débiteur ; qu'en l'absence d'appauvrissement des débiteurs en l'espèce, c'est en violation de ce texte que la

¹⁴²¹ cf. **supra**, n° 55 et s.

¹⁴²² Un auteur estime que la référence à l'intérêt du groupe permettra de poser des limites à l'exercice de l'action paulienne intentée par les créanciers arguant du caractère frauduleux du transfert. C'est-à-dire que la filiale débitrice, même déficitaire, peut venir en aide à une autre société membre de son groupe traversant des difficultés financières. (Voir B. Lecourt, *La gratuité et le droit des affaires*, RTD Com. 2012, p.455). Ce point de vue n'échappe pas à la critique dans la mesure où il ignore que la société débitrice ne peut être l'objet d'une action paulienne que si elle traverse elle-même des difficultés du même ordre. La notion d'intérêt de groupe, même favorisant la sauvegarde de certaines sociétés membres, voire celle du groupe lui-même, ne doit pas à notre avis interdire aux créanciers d'une filiale débitrice de préserver leurs droits à l'égard de celle-ci.

Cour d'appel a retenu que le seul fait pour les époux X... et Y... d'avoir apporté les immeubles à la SCI était de nature à porter préjudice à la banque ».

En d'autres termes, la Cour d'appel d'Agen, approuvée par la Cour de cassation, a estimé que l'apport d'un immeuble à une SCI, effectué par une personne débitrice constitue un acte préjudiciable au patrimoine de cette personne, pouvant faire l'objet d'une action paulienne. L'attendu de cet arrêt s'applique sans équivoque à une filiale opérant un tel apport à une sous-filiale, qui peut être assignée en inopposabilité de cet acte par ces créanciers victimes. Il n'est pas nécessaire en l'occurrence d'établir l'assimilation de cet apport à une donation, mais il suffit que cet apport soit préjudiciable au patrimoine insolvable de la filiale débitrice¹⁴²³.

740. Enfin, il convient de signaler la différence entre l'action paulienne, régie par le Code civil, et l'action en nullité, inhérente à certains agissements effectués par le débiteur en cessation des paiements, régie par l'article L. 632 du Code de commerce. En effet, le législateur a estimé que les règles civiles relatives à l'action paulienne ne sont pas suffisamment protectrices des créanciers, car elles ne remettent pas en cause l'acte conclu entre le débiteur et le tiers et elles exigent des conditions difficiles à remplir. L'article L. 632 distingue deux types de conventions : l'une prévue à l'alinéa 1er, mentionnant plusieurs actes et imposant leur nullité de plein droit, c'est-à-dire sans tenir compte qu'ils s'assimilent ou non à une fraude commise par le débiteur¹⁴²⁴, et l'autre régie par l'alinéa 2

¹⁴²³ Voir aussi, Cass. 2ème ch. civ. 28 juin 2012, n°11-20011.

¹⁴²⁴ Inséré au Code de commerce français par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, cet article dispose que « *1.-Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants :*

1° Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ;

2° Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ;

3° Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ;

4° Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janv. 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ;

5° Tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2075-1 du code civil (1), à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée ;

6° Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ;

7° Toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement ;

8° Toute autorisation et levée d'options définies aux articles L.225-177 et suivants du présent code ;

9° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ;

10° Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant ;

dudit article, qui évoque certains actes en les considérant comme annulables¹⁴²⁵. Mais dans les deux cas, l'action en nullité implique que le débiteur soit en état de cessation des paiements. Lorsqu'il s'agit d'une filiale en difficulté, il suffit qu'elle fasse l'objet d'une procédure de redressement judiciaire.

741. Même destinée à permettre la poursuite de l'activité sociale, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, cette procédure nécessite que le débiteur soit dans l'impossibilité de faire face au passif exigible de son actif disponible (C. com. art. L. 631-1). Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30 ». Pendant la mise en œuvre de cette procédure, se pose la question de savoir si une action paulienne peut ou non être intentée. La réponse est d'ailleurs d'importance majeure, considérant les conséquences qu'introduit l'action paulienne sur les actes conclus par le débiteur en fraude des droits d'un ou de plusieurs de ses créanciers, à savoir l'inopposabilité. En effet, et comme le précise un auteur¹⁴²⁶, « autoriser le représentant des créanciers à recourir à l'action paulienne permet, dans certains cas, de compléter le dispositif des procédures collectives lorsque celui-ci s'avérerait insuffisant et, au mandataire, de remplir efficacement sa mission de représentation et de protection des intérêts des créanciers dont il a la charge ».

Selon la jurisprudence en vigueur¹⁴²⁷, l'action paulienne est recevable dans les procédures collectives. Dans un arrêt rendu en novembre 2001¹⁴²⁸, la Cour de cassation a censuré une Cour d'appel qui avait déclaré « irrecevable l'action paulienne exercée par le commissaire à l'exécution du plan de cession d'une société, en vue de récupérer ses effets

11° Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, toute affectation ou modification dans l'affectation d'un bien, sous réserve du versement des revenus mentionnés à l'article L. 526-18, dont il est résulté un appauvrissement du patrimoine visé par la procédure au bénéfice d'un autre patrimoine de cet entrepreneur.

II.-Le tribunal peut, en outre, annuler les actes à titre gratuit visés au 1° du I faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements.

¹⁴²⁵ Aux dispositions de cet article « les paiements pour dettes échues effectués après la date de cessation des paiements, et les actes à titre onéreux accomplis après cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements ».

¹⁴²⁶ E. Bost, *Le pouvoir du représentant des créanciers et du commissaire à l'exécution du plan d'exercer l'action paulienne au nom et dans l'intérêt des créanciers*, JCP, n° 40, 2 Oct. 2002, II 10151.

¹⁴²⁷ Voir par exemple : Cass. com. 22 juill. 1986, n° 85-13.776; Bull. civ. 1986, IV, n° 172; JCP E 1987, II, 14948, note Y. Chaput. - Cass. com., 2 nov. 2005, n° 04-16.232; JurisData n° 2005-030542; Bull. civ. 2005, IV, n° 214; D. 2005, act. jur. p. 2872, obs. A. Lienhard; Act. proc. coll. 2005, comm. 237, obs. J. Vallansan; D. 2006, pan. p. 83, obs. P.-M. Le Corre; JCP G 2006, I, 139, n° 11, obs. Ph. Pétel; Defrénois 2006, art. 38407, p. 927, obs. D. Gibirila; proc. coll. 2006-I, p. 27 note Ph. Roussel-Galle; Gaz. Pal. 2006, p. 206; LPA 17 nov. 2006, p. 14 note S. Jambort.

¹⁴²⁸ Cass. com., 13 nov. 2001; Mariani c/ SA ACM entreprise et a. [arrêt n° 1855 P] [Juris-Data n° 2001-011628].

de commerce, émis au profit de la société débitrice en règlement d'une vente, et endossés au profit d'un tiers par la débitrice ». L'arrêt annulé retient que le caractère individuel de l'action paulienne fait obstacle à ce que le commissaire à l'exécution du plan agisse dans l'intérêt de ceux-ci, dès lors qu'il n'est pas établi que tous les créanciers sont eux-mêmes recevables à agir. Reprochant ces raisonnements, la Cour de cassation déclare « qu'en statuant ainsi alors qu'en application de l'article susvisé, le droit conféré aux créanciers par l'article 1167 du Code civil peut également être exercé, en leur nom, et dans leur intérêt collectif, par le représentant des créanciers, et que le commissaire à l'exécution du plan trouve, dans les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article L. 621-68 du Code de commerce, en vue de poursuivre les actions exercées, avant le jugement arrêtant le plan, par le représentant des créanciers pour la défense de leur intérêt collectif, qualité pour engager également en leur nom une action tendant aux mêmes fins, la cour d'appel a méconnu les dispositions de l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-39 du Code de commerce »¹⁴²⁹. Selon cette jurisprudence, il y a lieu de porter l'action paulienne contre une filiale soumise à une procédure de redressement, voire à une procédure de liquidation judiciaire, qui suppose selon l'article L. 640-1 du même Code l'impossibilité manifeste du redressement judiciaire de la société débitrice.

742. Une deuxième différence relève de la personne habilitée à intenter ces actions. Alors que l'action paulienne est exercée par les créanciers lésés des engagements pris par leur débiteur envers d'autres contractants, l'action en nullité n'est recevable que de la part des mandataires judiciaires¹⁴³⁰. Les créanciers, soumis à la discipline imposée par l'ouverture d'une procédure collective envers la société débitrice, ne sont pas en mesure de procéder à des poursuites individuelles. On peut s'interroger en la matière si un créancier est en mesure d'exercer directement une action paulienne "*ut singuli*" durant une procédure collective ouverte à l'encontre de son débiteur. Aux termes de l'article L. 641-9 du Code de commerce « Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le

¹⁴²⁹ Voir le commentaire de cet arrêt, G. Blanc, *Le représentant des créanciers et le commissaire à l'exécution du plan peuvent exercer l'action paulienne*, JCP E, n° 18, 2 Mai 2002, p. 726.

¹⁴³⁰ Y. Guyon, *Exercice individuel de l'action paulien en cas de procédure collective*, JCP E, n° 6, 6 Févr. 1997, p. 914.

liquidateur ». D'emblée, ce texte appelle à souligner que le représentant des créanciers désigné par le tribunal a seul qualité pour intenter l'action paulienne. Mais la doctrine et la jurisprudence dominantes estiment cependant que la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur ne peut interdire au créancier d'intenter l'action paulienne. Le fait qu'un mandataire puisse intenter l'action paulienne n'ôte pas à celle-ci son caractère individuel ; il doit conduire logiquement à accepter que le produit de cette action révocatoire tombe dans le patrimoine du créancier poursuivant¹⁴³¹. De même, une Cour d'appel¹⁴³² à récemment affirmé que « pendant la procédure collective, si le préjudice né de la fraude paulienne est collectif, l'action peut être exercée par le liquidateur judiciaire dans l'intérêt collectif des créanciers. Mais le droit qui lui est ainsi reconnu d'agir n'interdit pas l'exercice par l'un des créanciers de l'action paulienne contre le ou les actes faits en fraude de ses droits par le débiteur¹⁴³³ ».

743. En outre, la troisième différence entre l'action paulienne et l'action en nullité consiste aux effets que chacune produit sur l'acte conclu. Alors que l'action paulienne donne lieu à un jugement d'inopposabilité au créancier de la convention conclue entre la filiale débitrice et le tiers, l'action régie par l'article L. 632-1 du Code de commerce débouche sur la nullité absolue de l'acte conclu par la filiale surendettée¹⁴³⁴.

Soulignons que l'article L. 632 du Code de commerce présente une grande importance pour les créanciers d'une filiale en cessation des paiements de ses dettes, car il impose la nullité de certains agissements réalisés pendant cette période. La Cour de cassation a affirmé en ce sens que « l'action paulienne est limitée à la contestation, par des créanciers, des actes faits en fraude de leurs droits par leur débiteur direct ; que la seule relation de contrôle d'une filiale par une société-mère ne saurait créer, au profit des créanciers de la société-mère, un droit de créance sur la filiale, leur permettant d'intenter une action paulienne tendant à voir déclarer inopposables les actes consentis par cette dernière à un tiers ; qu'en déclarant inopposables aux consorts C...B...les cessions consenties par la SARL BLT à la SARL Agence Immobilière C...B..., après avoir expressément constaté que les consorts C...B... étaient créanciers de MAGA en vertu de la transaction du 7 décembre

¹⁴³¹ Y. Guyon, *ibidem*, p. 914.

¹⁴³² CA Nîmes, ch. civ. 10 janv. 2012, n°11/00242.

¹⁴³³ Voir encore, Cass. com., 8 oct. 1996 ; Cts Allard c/ Cts Allard [arrêt n° 1413 P] : « Le droit exclusif que l'article 46 de la loi du 25 janv. 1985 confère au représentant des créanciers pour agir au nom et dans l'intérêt de ceux-ci, ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier exerce l'action de l'article 1167 du Code civil (action paulienne) contre tous les actes faits en fraude de ses droits par le débiteur ».

¹⁴³⁴ Y. Guyon, *op. cit.*, p.914.

2001, de sorte que la SARL BLT n'était pas la débitrice directe des consorts C...B...en vertu de cette transaction, quand bien même elle était une filiale à 98 % de la société MAGA, la cour d'appel a méconnu le principe de l'autonomie de la personnalité morale et violé l'article 1167 du Code civil¹⁴³⁵ ».

Sous-section II : La protection des créanciers de la filiale par l'action oblique

744. Liée à son groupe par une série de contrats, la société filiale s'abstient parfois de réclamer les créances incombant à sa mère ou à d'autres sociétés du groupe. Cette omission s'explique par le fait que la filiale surendettée cherche tous les moyens pour éviter que son actif ne tombe entre les mains de ses créanciers. Ainsi lorsqu'elle dispose des droits contre sa mère ou d'autres sociétés du groupe, elle sait que le fruit de leur exercice serait aussitôt absorbé par ses propres créanciers, de sorte qu'il ne transite par eux et qu'elle n'en profite pas personnellement. Il est fort à craindre qu'elle ne montre guère d'empressement à recouvrer ses droits. Cette abstention peut être imposée à la filiale par sa mère qui entend sauver certaines sociétés de son groupe à son détriment.

De ce fait, les créanciers de la filiale disposent du droit d'exercer par voie oblique les actions que la filiale débitrice néglige d'intenter. Cette voie a été régie par les Codes civils français et libyen. Selon l'article 1166 du premier, « les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ». La même règle est prévue en droit libyen dans l'article 238 du Code civil aux termes desquels : « 1- tout créancier, même dont le droit n'est pas exigible, peut exercer au nom de son débiteur les actions de ce dernier excepté celles attachées exclusivement à sa personne ; 2- cette faculté n'est prévue pour le créancier que lorsque son débiteur néglige de se prévaloir de ses droits, et que cette négligence est de nature à entraîner ou accentuer son insolvabilité ».

Le commentaire de ces textes appelle deux séries d'observations relatives aux conditions et aux effets de l'action oblique.

¹⁴³⁵ *Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du 13 janv. 2009, n° de pourvoi : 08-10399, Non publié au bulletin*

I- Les conditions de l'action oblique

745. Selon les articles précédents, l'exercice par le créancier des droits de son débiteur (la filiale dans notre cas) implique l'existence de trois conditions : une première relative au débiteur, une deuxième afférente au créancier, et une troisième liée à la créance à réclamer.

A- Les conditions relatives à la filiale débitrice

746. Le créancier de la filiale débitrice ne peut agir en action oblique que si cette dernière refuse d'introduire l'action initiale en se montrant négligente. Cependant, lorsque la filiale agit elle-même, le créancier peut intervenir personnellement à ses côtés afin de conserver ses intérêts. Dès lors, l'action oblique lui sera refusée. La négligence de la filiale débitrice doit être certaine : un simple retard dans l'exercice de ses droits ne prouve pas toujours sa négligence. Le tribunal aura la possibilité de lui impartir un délai pour agir elle-même. Comme dans le cas de l'action paulienne, pendant la durée de liquidation, l'action oblique ne peut être exercée que par le liquidateur judiciaire. Ainsi selon un arrêt de la Cour de cassation, « pendant toute la durée de la liquidation judiciaire, les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés par le liquidateur auquel aucun créancier ne peut se substituer pour recouvrer, fût-ce par voie oblique, une créance de la personne soumise à cette procédure collective¹⁴³⁶ ». L'action oblique ne peut être exercée pour pallier l'inaction du liquidateur pendant la période de liquidation judiciaire¹⁴³⁷. Cette jurisprudence semble logique car, comme on vient de l'évoquer, l'une des conditions préalables à l'exercice de l'action oblique est en principe que le débiteur néglige ses droits et actions et que cette négligence compromette à tel point les intérêts du créancier qu'il doit être autorisé à les exercer à sa place. Or, cette condition n'est plus remplie lorsque le débiteur est en liquidation judiciaire puisqu'à compter du jugement de liquidation, il est dessaisi de tous ses droits au profit du seul liquidateur.

747. Par ailleurs, selon lesdits articles, l'utilisation de l'action oblique se rapporte uniquement aux droits pécuniaires de la filiale débitrice, non attachés à titre exclusif à sa personne. En ce sens la Cour de cassation a affirmé que « le créancier ne peut intenter aux lieu et place de son débiteur une action dont l'exercice est subordonné à des considérations personnelles d'ordre moral ou familial¹⁴³⁸ ». Cette condition ne pose cependant pas de questions particulières en la matière. Étant une personne morale, la filiale n'a pas en

¹⁴³⁶ Cass. com. 3 avr. 2001 : JCP 2001, IV, 2039 ; RTD civ. 2001, 882, obs. Mestre et Fage. - V. aussi Paris 13 mars 1998 : JCP G, 99 II, 10072 ; JCP E 99, 821, note Duboeuf-Hild.

¹⁴³⁷ C.A. Nîmes, 21 nov. 2007, R. G : 08 / 00360.

¹⁴³⁸ Cass. 1^{er} ch. civ. 8 juin 1963, JCP 66, II, 14087, note R. Savatier.

principe de droits qui lui sont attachés à titre personnel. Ses créanciers sont en mesure d'utiliser ce moyen de protection pour exercer à ses lieu et place tous les droits pécuniaires qu'elle néglige.

B- Les conditions relatives au créancier

748. L'action oblique constitue pour la filiale débitrice une immixtion dans ses affaires personnelles de la part de son créancier. C'est pourquoi la loi exige que ce dernier dispose d'un intérêt personnel certain dans l'exercice de cette action. Cet intérêt réside soit dans l'insolvabilité soit dans une menace d'insolvabilité de la filiale qui mettrait en péril les droits du créancier. De même, l'insolvabilité s'entend ici soit de la simple difficulté financière, soit de la cessation définitive du paiement. Mais en tout état de cause, elle ne peut pas signifier que la filiale débitrice soit soumise à une procédure collective de liquidation ou de redressement judiciaire, car en l'état la réclamation de ses droits ne peut se réaliser que par le biais du liquidateur ou du mandataire judiciaire, selon le cas.

C- Les conditions relatives à la créance

749. Pour pouvoir porter en justice l'action oblique, le créancier doit avoir une créance certaine, liquide et exigible. Selon la doctrine et la jurisprudence, la créance est certaine lorsqu'elle existe sûrement¹⁴³⁹. Les créances éventuelles et même conditionnelles ne sont pas certaines¹⁴⁴⁰. Une créance est liquide lorsque le montant de la dette est déterminé. Une créance est exigible lorsque le créancier est en droit d'en exiger le paiement. On peut se demander si cette condition sera ou non remplie en cas de procédure collective de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la filiale débitrice. Selon l'article L.643-1 du Code de commerce (L. 2005-845 du 26 juillet 2005, art. 118), «le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues». Malgré l'existence de cette disposition, l'application de l'article L. 641-9 du Code de commerce¹⁴⁴¹ implique que « pendant toute la durée de la liquidation judiciaire, les droits et actions du

¹⁴³⁹ V. M. Al-azhari, *La théorie générale des obligations*, 1er éd. 2005, *darealkutobalwatania* Bengazie, p. 81 ; A. Soltan, *La théorie générale des obligations*, 1997, *dare al-matbohat al-jamihia*, p. 17.

¹⁴⁴⁰ Civ., 1er civ. 11 juill. 1951, *Gaz. Pal.* 1951.2.258 ; *Rapp. Civ.*, 1er, 16 mai 1982, *JCP.* 1982. IV. 262 ; Civ. 3e, 4 déc. 1984 ; CA Orléans, *ch. des Urgences* - 11/00947, 11 janv. 2012. V. dans la doctrine, H. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 8e éd. Montchrestien E.J.A., 1991, n°969, p.1059 et s.

¹⁴⁴¹ Aux termes du premier alinéa de cet article « *Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur* ».

débiteur concernant son patrimoine sont exercés par le liquidateur auquel aucun créancier ne peut se substituer pour recouvrer, ne fut-ce par voie oblique, une créance d'une personne soumise à une procédure collective¹⁴⁴²». Autrement dit, même si l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire entraîne l'exigibilité des créances non échues, c'est au liquidateur et non aux créanciers d'exercer au nom du débiteur toutes les actions visant l'octroi de ses créances, dont assurément celle oblique¹⁴⁴³.

750. Cependant, selon le deuxième alinéa de l'article L.643-1, lorsque le tribunal autorise la poursuite de l'activité sociale au motif que la cession totale ou partielle de la filiale est envisageable, les créances non échues sont exigibles à la date du jugement prononçant la cession¹⁴⁴⁴. C'est-à-dire que, le cas échéant, le liquidateur n'est pas recevable à agir par la voie de l'action oblique car la condition de l'exigibilité n'est pas remplie. Cela s'applique aussi pour le redressement judiciaire, qui n'entraîne pas l'exigibilité des créances non échues. L'article L. 622-29 du Code de commerce (art. 56 de la loi de 1985, abrogé par l'ordonnance 2000-912 2000-09-18 art. 4 JORF 21 sep. 2000) déclare en ce sens que le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé et prohibe les clauses contraires¹⁴⁴⁵. En l'espèce, le créancier doit, pour pouvoir recourir à la voie oblique, justifier de l'exigibilité de sa créance.

À la créance exigible s'oppose la créance à terme. Si la filiale dispose des participations dans d'autres sociétés, et néglige de demander ses droits aux dividendes, ses créanciers peuvent assigner ces dernières en action oblique.

¹⁴⁴² CA Bordeaux, ch. civ. 02 - 11/00433 - 06 févr. 2012 ; CA Orléans, ch. de la famille, 11/00493 - 24 janv. 2012 : « le premier juge a exactement décidé que le mandataire judiciaire liquidateur exerçait les droits et actions du débiteur en liquidation judiciaire ». Il est à souligner dans ce cadre que selon le deuxième alinéa de l'article L.641-9 du Code de commerce « Lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale. En cas de nécessité, un mandataire peut être désigné en leurs lieu et place par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public ».

¹⁴⁴³ Ch. Hannoun, *Liquidation et partage, répertoire du droit des sociétés*, 2007, n° 181 « les actionnaires d'une société en commandite dissoute qui se survit pour les besoins de sa liquidation, ont un droit déjà ouvert au partage d'un reliquat de l'actif après paiement du passif ; mais ils ne sont pas pour autant des créanciers habiles à agir aux lieu et place de la société par application de l'article 1166 du code civil action oblique ; dès lors, ils ne peuvent pas se substituer au liquidateur de la société pour exercer, contre l'acquéreur de biens vendus par la société avant sa liquidation, l'action en nullité de la vente pour vice du consentement ouverte à la société vendeuse (Cass. com. 2 mai 1968, D. 1968. somm. 111) ».

¹⁴⁴⁴ M-B. Salgado, *Droit des entreprises en difficulté*, Lexifac droit, 2007, p. 126 et s.

¹⁴⁴⁵ Aux termes de cet article « Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

II- Les effets de l'action oblique

751. Au visa de l'article 239 du Code civil libyen « le créancier, en utilisant les droits de son débiteur, est considéré comme mandataire de ce dernier. Tous les profits qui sont issus de cette utilisation relèvent du patrimoine du débiteur et garantissent tous ses créanciers ». L'article 1166 du Code civil français est sur ce point sans équivoque lorsqu'il déclare que le créancier peut exercer les droits et les actions de son débiteur. Cette confirmation particulière se traduit par des conséquences importantes, tant sur le régime des exceptions que sur le bénéfice de l'action. D'une part, le tiers poursuivi peut opposer au demandeur tous les moyens de défense et les exceptions dont il pourrait faire état à l'encontre de son propre débiteur. Ainsi si le débiteur a renoncé à son droit, le défendeur peut parfaitement se prévaloir de cette cause d'extinction et opposer la renonciation au créancier poursuivant.

Cette liberté d'agir soulève dans le cadre de groupes de sociétés une difficulté particulière, considérant que la direction de la filiale créancière n'est pas à l'abri de l'immixtion par la société mère débitrice. Cette dernière, exerçant le rôle de l'associé majoritaire ou du dirigeant, est en mesure d'imposer ses instructions au représentant de la filiale, en vue de lui accorder une remise de dettes ou une compensation après la mise en œuvre de l'action oblique. Il a été décidé que la transaction conclue par le débiteur avec le tiers poursuivi est opposable au créancier qui exerce la voie oblique¹⁴⁴⁶. La solution semble stricte pour les créanciers d'une filiale qui se voient dépourvus de leur action oblique bien que l'acte conclu entre cette dernière et la société mère ou sœur poursuivie leur soit imposé. A notre sens, les créanciers de la filiale ne doivent pas être déboutés de leur action oblique pour le seul fait que la société mère poursuivie ait été dispensée de ses obligations par cette dernière. Même si l'action oblique n'a pas pour effet de dessaisir le débiteur de la libre gestion de son patrimoine, une collusion frauduleuse peut en l'espèce être retenue à l'encontre de la société mère, laquelle doit induire la nullité de l'acte conclu (la dispensation ou la compensation). De même, les créanciers de cette filiale disposent le cas échéant du droit de diriger à son encontre une action paulienne dont les conditions sont réunies.

752. De plus, le résultat obtenu par l'action oblique profite à tous les créanciers de la

¹⁴⁴⁶ En ce sens, *Cass. req.*, 18 févr. 1862, *DP.* 1862, 1, p.248.

filiale débitrice et non seulement à celui qui l'a intentée. Le poursuivant ne bénéficie pour sa part d'aucun privilège sur les valeurs réintégrées par ses soins. « Tout au plus, a-t-il droit au remboursement privilégié de ses frais de justice¹⁴⁴⁷ ». En d'autres termes, le fruit de l'action oblique participe de la consolidation du patrimoine de la filiale sans pour autant octroyer au créancier demandeur un avantage particulier.

753. Par ailleurs, il est fort courant dans les pratiques de groupes que la société mère prenne à sa charge les engagements de ses filiales à l'égard des tiers. Cette garantie peut revêtir différentes formes, à savoir le cautionnement, la garantie autonome ou la lettre d'intention¹⁴⁴⁸. La question se pose de savoir si les créanciers de la filiale garantie peuvent actionner en voie oblique la société mère garante ou caution. Dans un arrêt récent (du 30 mai 2012), la Cour de cassation s'y est montrée favorable. Il s'agit là d'une société civile professionnelle (SCP) ayant été condamnée à garantir Mme B... des condamnations prononcées contre elle au profit de la Banque *Hervet*, aux droits de laquelle se trouve aujourd'hui la société *HSBC France* (la Banque). Se fondant sur l'article 1166 du Code civil, la banque a fait délivrer à la SCP un commandement de payer, avant saisie-vente, les sommes dues en vertu de la décision précitée. La Cour de cassation, désapprouvant la Cour d'appel d'avoir débouté la banque de sa demande affirme que « l'action oblique peut être exercée par le créancier contre le garant de son débiteur, de sorte que, du chef des condamnations litigieuses garanties par la SCP, la banque était fondée à agir contre celle-ci, la Cour d'appel a violé, par refus d'application, le texte susvisé¹⁴⁴⁹ ».

Sous-section III : La protection des créanciers de la filiale par l'action directe

754. L'action directe est une prérogative que donne le droit dans certains cas exceptionnels à un créancier que l'on cherche spécialement à protéger contre le débiteur de son débiteur et qui a pour objet de lui permettre d'obtenir directement du défendeur la prestation que celui-ci devait au débiteur intermédiaire¹⁴⁵⁰. A la différence du cas de l'action oblique, le créancier n'agit pas indirectement au nom de son débiteur, mais il « passe par dessus sa tête » pour atteindre directement son débiteur. Il va tirer des avantages

¹⁴⁴⁷ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, L.G.D.J., 2005, n°784, p.813.

¹⁴⁴⁸ Voir ces différentes formes : *Mémento Pratique Francis Lefebvre, groupes de sociétés*, 2009-2010, n°4320 et s., p. 476 et s.

¹⁴⁴⁹ V. Cass. 1^{er} ch. civ. 30 mai 2012, n°11-12302. Inédit au Bulletin.

¹⁴⁵⁰ M. Cozian, *L'action directe*, LGDJ, bibl. de droit privé 1969, préface A. Ponsard ; C. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, bibl. de droit privé, préface J. Ghestin ; G. Viney, *Traité de droit civil, introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd. 2007, n°189, p.515.

d'un contrat – celui conclu entre son débiteur et le débiteur de son débiteur – à l'égard duquel il n'est qu'un tiers. L'enjeu de cette action est donc de soustraire le créancier qui en bénéficie, au risque d'insolvabilité de son débiteur, en lui évitant de subir le concours des autres créanciers¹⁴⁵¹. La créance contre le débiteur de son débiteur ne tombe pas dans le patrimoine de son débiteur, et, en conséquence, ne sera pas le gage des autres créanciers de celui-ci ; il se paie seul sur la créance appartenant à son débiteur.

Ce procédé n'a pas d'application générale puisqu'il déroge au principe de l'effet relatif du contrat et à celui de l'égalité entre créanciers. C'est pourquoi la jurisprudence et la doctrine dominante en Libye le subordonnent à l'existence d'un texte particulier¹⁴⁵². Cependant, cette exigence n'existe pas en droit français, où la jurisprudence dispose d'un large pouvoir de reconnaître aux créanciers un droit direct contre le débiteur de leur débiteur. Autrement dit, la réglementation de l'action directe est collective en droit français entre le législateur qui la prévoit dans différents domaines¹⁴⁵³ et la jurisprudence qui l'a accordée à certaines catégories de créanciers.

755. Dans le cadre de groupes de sociétés, l'action directe offre une protection légale importante aux créanciers. En effet, comme nous l'avons indiqué plus haut, les groupes de sociétés se caractérisent par l'existence d'une politique commune dont la mise en œuvre implique une complémentarité des activités économiques entre les différentes sociétés membres liées à l'entité économique et financière du groupe. La société mère ne se contente pas de réagir ponctuellement et à court terme aux attentes et évolutions des différentes sociétés dépendant du groupe. Elle doit cependant veiller à ce que les multiples potentialités économiques de l'ensemble du groupe soient réparties de façon objective et équilibrée entre les sociétés membres. Chacune de ces dernières occupe un rôle particulier lié aux fonctions imputées à ses homologues. Cette situation a donné lieu à la mise en place d'une nouvelle notion juridique : celle de groupe de contrats ; c'est-à-dire un ensemble de contrats qui organise les diverses relations (industrielles, financières, commerciales,...) entre les sociétés affiliées d'un groupe.

¹⁴⁵¹ Voir, H. et L. Mazeaud et alter, *Leçons de droit civil, tome II / premier volume, obligations, théorie générale*, éd. François Chabas, 1991, n°802 et s. p. 925 et s.

¹⁴⁵² Voir, M. Alazhari, *la théorie générale de l'obligation*, Faculté de droit, Université Alfatih, 1^{er} éd. 2005, p.78.

¹⁴⁵³ On peut citer quelques exemples du Code civil français : l'article 1753 qui accorde au bailleur une action directe contre le sous-locataire pour le paiement des loyers ; l'article 1798 qui donne aux ouvriers d'un entrepreneur, pour le paiement de leurs salaires, une action directe contre la personne qui a commandé des travaux et l'article 1994 qui procure au mandant une action directe contre le sous-mandataire. De même, la loi du 13 juill. 1930 prévoit une action directe dans l'assurance de responsabilité.

Ce groupe de contrats prend en effet plusieurs formes, dont les plus importantes dans les pratiques des groupes se rapportent à deux domaines : la sous-traitance et la sous-acquisition.

I- L'action directe en matière de la sous-traitance

756. Les opérations de sous-traitance (dite aussi «sous-entreprise») constituent un facteur important pour la mise en œuvre de la stratégie commune du groupe. La société mère impute à une filiale l'exécution d'une tâche complémentaire, puis cette dernière demande à une autre entreprise sous-traitante (une sous-filiale par exemple) de réaliser une partie de ce travail. Cette technique contractuelle se rencontre bien souvent dans le cadre des groupes multinationaux, où les sociétés filiales trouvent accès à de nouvelles technologies ou à des procédés qui leur sera difficile de se procurer.

757. Ces opérations triangulaires se caractérisent toutes par le fait que la filiale intermédiaire stipule du sous-traitant une prestation qu'elle destine au maître de l'ouvrage qui peut être la société mère ou une autre société du groupe. Par conséquent, lorsque cette prestation est mal exécutée, ce n'est pas ordinairement la filiale créancière du débiteur faillant qui en pâtit, mais le destinataire final : la société mère qui a, juridiquement vis-à-vis de ce dernier, la qualité de tiers. Il en va également de même lorsque le défaillant est le maître de l'ouvrage (la société mère ou une filiale) où le préjudice aura touché tout autant la filiale intermédiaire que l'entrepreneur sous-traitant. On se demande dans les deux cas s'il y a lieu d'octroyer à la victime, contre le débiteur de son propre débiteur, le droit d'intenter une action directe.

La réponse à cette question ne pose aucun problème en droit libyen, car il existe des dispositions législatives particulières à ce type de contrats. Ainsi, selon l'article 660-2 du Code civil « le sous-traitant demeure responsable à l'égard de l'entrepreneur et du maître de l'ouvrage ». Au terme de l'article 661 du même Code « les sous-traitants et les salariés de l'entrepreneur disposent d'une action directe contre le maître de l'ouvrage, pour les sommes dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment de la saisie-arrêt faite par l'un d'eux. Les salariés du sous-traitant disposent du même droit contre le maître d'œuvre et l'entrepreneur ».

758. En France, la loi n°1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance a créé une action directe au bénéfice du sous-traitant, c'est-à-dire de la personne à laquelle un

entrepreneur confie sous sa responsabilité tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou d'un marché public conclu avec le maître de l'ouvrage¹⁴⁵⁴. Cette action permet, au sein d'un groupe de sociétés, au sous-traitant¹⁴⁵⁵, si la société filiale entrepreneuse principale ne le paie pas, de réclamer directement au maître de l'ouvrage (la société mère ou une autre société du groupe), les sommes dues en vertu du contrat de sous-traitance, du moins lorsque le maître de l'ouvrage a bénéficié de ces prestations. Mais pour que le sous-traitant puisse le cas échéant profiter de l'action directe, il faut que le maître de l'ouvrage, mère ou filiale, accepte la sous-traitance et agrée les conditions du paiement. À défaut, la filiale entrepreneuse principale reste tenue pour responsable envers le sous-traitant sans pouvoir invoquer, à l'encontre de ce dernier, le contrat de sous-traitance, ni *a fortiori* sa filiation du groupe du maître de l'ouvrage.

Ces règles offrent dans le cadre de groupes de sociétés une protection efficace aux créanciers d'une entreprise sous-traitante d'une partie des travaux imputés à une filiale. Ces créanciers disposent d'une action directe contre le maître d'ouvrage, qui peut être la société-mère ou une autre filiale du groupe. De même, l'intérêt de cette loi s'accroît d'autant plus lorsqu'il s'agit de plusieurs sous-traitances relatives à un seul marché, car l'article 2 considère le sous-traitant comme entrepreneur principal de ses propres sous-traitants. Cela signifie dans un groupe qu'une société-mère, maître de l'ouvrage, demeure responsable quand bien même les travaux confiés à sa filiale ont été sous-traités à une sous-filiale, puis, de cette dernière, à un autre sous-traitant. Dans un autre arrêt rendu le 21 juin 1988, la première chambre civile a justifié cette responsabilité collective en affirmant que « dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial ; qu'en effet, dans ce cas, le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles contractuelles applicables en la matière, la victime ne peut disposer contre lui que d'une action de nature contractuelle, même en l'absence de contrats entre eux ¹⁴⁵⁶ ».

759. Toutefois, les opérations de sous-traitance posent, lorsqu'elles se passent au niveau

¹⁴⁵⁴ Aux termes du premier article de cette loi : « *Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

¹⁴⁵⁵ Selon l'article 2 de cette loi : « *le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants* ».

¹⁴⁵⁶ Cass, 1^{ère} ch. civ. 21 juin 1988, n° 85-12.609, Publication : Bull. 1988 I N° 202 p. 141.

international, des difficultés majeures. En effet, il se peut que la loi étrangère applicable à une partie du groupe de contrats ne confère pas aux sous-traitants une action directe leur permettant d'obtenir auprès du maître de l'ouvrage le paiement de tout ou partie des créances qu'ils détenaient à l'encontre de l'entreprise principale. On se demande ici si les sous-traitants, dépendant du droit français, peuvent assigner en action directe le maître de l'ouvrage étranger dont le droit méconnaît ce type d'action.

La chambre civile de la Cour de cassation¹⁴⁵⁷ s'est prononcée en 2008 dans une affaire inhérente à plusieurs opérations de sous-traitances liées au même marché. Il s'agit en l'espèce d'une société de droit belge, maître de l'ouvrage, qui avait confié à une société de droit allemand, la conception, la livraison, le montage et la mise en service de machines et d'équipements pour une unité de fabrication de panneaux de fibres, située en France. Le contrat principal était régi par le droit suisse des obligations. Une société de droit français interviendra en qualité de maître de l'ouvrage délégué. L'entrepreneur principal avait ensuite sous-traité à une société également de droit allemand, le montage des machines. Le contrat de sous-traitance était régi par le droit allemand. Le sous-traitant de premier rang sous-traitera, à son tour, divers travaux dont le montage de certaines machines, à une société de droit allemand, par un contrat soumis, également, au droit allemand. Le sous-traitant de premier rang a fait l'objet, en Allemagne, d'une procédure de faillite, et l'un des sous-traitants de second rang a engagé à l'encontre du maître d'ouvrage délégué de droit français, une action en paiement direct des sommes qui lui restaient dues. Pour débouter le sous-traitant de sa demande en paiement formée contre le maître d'ouvrage délégué, l'arrêt de la Cour d'appel retient, à tort, que le marché principal liant deux sociétés de droit étranger était soumis, conventionnellement, à la loi suisse et que les contrats de sous-traitance passés étaient soumis à l'application de la loi allemande.

D'après la Cour d'appel ces lois, suisse ou allemande, ne reconnaissent pas au sous-traitant une action directe qui lui permet d'obtenir, auprès du maître de l'ouvrage, le paiement de tout ou partie des créances qu'il détenait à l'encontre de l'entreprise principale. Elle considérait que ces lois, stipulées par les différents contrats, n'étaient pas contraires à l'ordre public international français et que l'article 12 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance n'était pas une loi de police régissant impérativement la situation au sens de l'article 7-2 de la Convention de Rome. Son arrêt a été cassé par la Cour de cassation au motif que la loi de 1975 (d'ordre public) « est une loi

¹⁴⁵⁷ Cass. civ. 3^{ème} ch. 30 janv. 2008, n°06-14641.

de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du Code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

760. En substance, la loi du 31 décembre 1975 est d'une certaine importance pour les créanciers des sociétés filiales. En effet, la société mère se prévaudra en vain du principe de l'effet relatif des contrats lorsqu'une de ses filiales confère une partie de ses travaux à un tiers sous-traitant. Même s'il est étranger, celui-ci peut tirer avantage du caractère impératif de cette loi pour actionner en voie directe la société mère française exerçant le rôle de maître de l'ouvrage. Mais cette importance reste néanmoins relative au regard de l'article 1710 du Code civil¹⁴⁵⁸ qui exige qu'un contrat principal d'entreprise ou de marché (dit aussi «de louage») doive être conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur. Dans les pratiques de groupes, ce contrat peut être évité par la société-mère en recourant à l'exercice du contrôle sur ses filiales. Au lieu de s'exposer aux actions directes des sous-traitants, cette dernière peut conserver les mêmes avantages en appliquant ses prérogatives dans le conseil d'administration, sinon au sein des assemblées générales de sa filiale.

II- L'action directe en faveur du sous-acquéreur

761. Le progrès technique, en accentuant la spécialisation professionnelle, amène de plus en plus souvent les groupes à diviser le processus de fabrication en plusieurs opérations. Chacune des sociétés liées est investie d'une tâche particulière, complémentaire de celles qu'exercent les autres. La société mère, directement ou par le biais d'une holding, exerce la direction centrale de l'entreprise commune du groupe ; elle occupe de fait la position du décideur, imposant ses directives aux dirigeants de ses filiales. Il en résulte que le client qui veut obtenir une prestation ou un produit - s'agissant d'une société membre du groupe qui fait construire - doit s'assurer du concours de plusieurs spécialistes. Il arrive alors qu'au cours de l'exécution des contrats juxtaposés, l'une des filiales cause un dommage à une autre ou que, par sa défaillance, elle mette obstacle à l'exécution d'un autre contrat auquel elle n'est pas directement liée. En d'autres termes, la société membre du groupe, par la manière dont elle exécute son obligation contractuelle, peut porter préjudice à un client contractant avec une autre société du même groupe. Ce préjudice peut être causé par plusieurs filiales impliquées dans le groupe des contrats qui tracent le processus de fabrication. On se trouve ainsi en droit de se demander si le client d'une filiale peut, si

¹⁴⁵⁸ Aux termes de cet article : « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

une défectuosité dans la prestation ou le produit a été découverte, se retourner contre la ou les autres sociétés auteurs de ce vice. Dans l'affirmative, on peut s'interroger encore sur la nature de l'action directe à intenter : en responsabilité contractuelle ou en responsabilité délictuelle ?

762. Il est à noter d'abord que le principe de la relativité des liens contractuels imposé par l'article 1165 du Code civil français ne fait plus obstacle aux victimes pour qu'elles demandent réparation de leur préjudice à son auteur pour avoir failli à ses obligations contractuelles. La jurisprudence (A) ainsi que le législateur (B) reconnaissent aujourd'hui aux personnes lésées par une mauvaise exécution d'une obligation contractuelle ou des produits défectueux, le droit d'assigner la personne responsable.

A- L'action directe du sous-acquéreur dans la jurisprudence

763. La question s'est posée dans la jurisprudence sur la nature de la responsabilité cherchée par l'action directe que porte le sous-acquéreur : est-elle contractuelle ou délictuelle ?

Cette question se justifie en effet par l'absence d'un rapport contractuel entre le sous-acquéreur et l'entreprise fabricante, défailante à ses obligations. Celui-ci est en lien avec le vendeur et non avec les autres membres du groupe de contrat. On peut constater en la matière l'existence d'une variation dans la jurisprudence. Ainsi, la Cour de Justice des Communautés Européennes s'est prononcée le 17 juin 1992¹⁴⁵⁹ en réponse à la question préjudicielle que lui avait posée la chambre civile de la Cour de cassation française le 18 janvier 1991. Cette question portait sur l'application de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 17 septembre 1968 (relative à la compétence judiciaire et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹⁴⁶⁰) à une action en responsabilité exercée par le sous-acquéreur français d'un produit défectueux contre un fabricant allemand. La Cour de Justice déclara en ce sens que « s'agissant de l'action que le sous-acquéreur d'une marchandise achetée auprès d'un vendeur intermédiaire engage contre le fabricant en vue d'obtenir la réparation du préjudice résultant de la non-conformité de la chose, il importe

1459 JCP 1992.II.21927, note, C. Larroumet ; JCP E 1994.II.363, note P. Jourdain ; JCP G, 1993.I.3664, n°3 à 6, obs. G. Viney.

1460 Aux termes de l'article 5-1 de cette convention : « Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant: 1) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée; en matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail; lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, l'employeur peut être également attrait devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur ».

de constater qu'il n'existe aucun lien contractuel entre le sous-acquéreur et le fabricant, celui-ci n'ayant assumé aucune obligation de nature contractuelle envers le sous-acquéreur». La Cour ajouta que dans les autres pays de l'Union européenne, cette action relève du domaine de la responsabilité délictuelle ».

764. Au cours des années soixante-dix, la Cour de cassation française avait la même position, précisant dans plusieurs affaires que le fait de commercialiser une chose atteinte d'un vice est une faute susceptible d'engager la responsabilité délictuelle du fabricant à l'égard des tiers¹⁴⁶¹. Mais actuellement, la jurisprudence dominante fait une distinction entre les chaînes de contrats qui réalisent un transfert de propriété de la chose et les autres groupes de contrats. Selon elle, seules les premières font naître entre leurs membres des relations justifiant la mise en œuvre d'une responsabilité contractuelle. Les groupes de contrats qui n'ont pas cet effet ne créent pas de rapports contractuels entre les membres extrêmes. On peut évoquer à titre d'illustration un arrêt important rendu en 2007 par la Cour de cassation. Il s'agit d'une société française dénommée « *Alcatel business systems* » (*ABS*), fabricant des terminaux mobiles et portables qui a collaboré avec une société belge, dénommée « *Alcatel micro electronics* » (*AME*), faisant partie du même groupe, pour la fabrication d'une nouvelle puce électronique. La société *AME* a conclu avec une société américaine : *AmkortechnologyInc* (*Amkor*), un contrat relatif à la vente de composants électroniques. Celle-ci était liée avec un fabricant de composants, la société coréenne *AnamsemiconductorInc* (*Anam*), par un contrat de fonderie. Les puces fabriquées par cette dernière (*Anam*) étaient remises directement à la société *AME* qui, après les avoir "encapsulées", les livrait à la société *ABS*. Des désordres étant survenus, la société *ABS* et son assureur, la société *AGF*, qui l'avait partiellement indemnisée, ont assigné en action directe la société *Amkor*, ses deux filiales françaises, les sociétés *Amkortechnology euro-services* et *Amkor Wafer fabrication services*, et la société *Anam* devant un tribunal de commerce en paiement de dommages-intérêts.

La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir affirmé que « les relations entre les sociétés *Anam*, *Amkor*, *AME* et *ABS* auraient constitué une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété à partir du moment où c'était le même produit qui avait circulé de la première, son fabricant, à la dernière, son destinataire final, tout en constatant que le composant électronique avait fait l'objet d'un processus industriel ayant conduit à

1461 Cass. 3^{ème} ch. civ. 5 déc. 1972, D. 1973, p. 401, note J. Mazeaud ; Cass. 1^{ère} ch. civ. 27 juin 1978, D. 1978, IR. p. 409 ; Paris 25 nov. 1987, D. 1988, IR. p. 7.

son élaboration et à sa fabrication, que les relations contractuelles entre les différents intervenants avaient pour seul objectif la mise au point et la réalisation du composant litigieux, que son élaboration impliquait l'agrément et l'homologation des fondeurs et que son destinataire final avait participé activement à son perfectionnement, ce dont il résultait que les contrats liant les différents protagonistes étaient des contrats d'entreprise et non des contrats de vente ». Autrement dit, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir retenu l'existence d'une chaîne homogène de contrats (groupe de contrats) translatifs de propriété qui confèrent au sous-acquéreur une action contractuelle directe contre le fabricant initial.

B- L'action directe reconnue par la loi au sous-acquéreur

765. Jusqu'à la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 (D. 1998. 184), il n'existait pas en droit français de textes régissant spécifiquement la responsabilité du fait des produits défectueux. Ce type de responsabilité relevait donc des seules règles du droit commun¹⁴⁶². Le législateur français, qui a transposé la Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, a imputé la charge du risque issu des produits défectueux au fabricant ou producteur. Selon l'article 1386-1 du Code civil (créé par ladite loi et s'inspirant de la formulation de l'article 1er de la directive), « le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime ». Dans cette réforme, il s'agit d'une responsabilité de plein droit, présumée du seul fait d'avoir mis en circulation un produit atteint d'une défectuosité. Celui qui se prétend victime doit donc établir une triple preuve : un dommage causé par l'utilisation ou l'absorption du produit en cause, un défaut de ce produit et un lien de causalité entre l'un et l'autre, ainsi que le prévoit l'article 1386-9 du Code civil¹⁴⁶³. Selon l'article 1386-4 « un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre (...) un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation ». En application de ces textes, la Cour de cassation a considéré dans une décision que la simple implication du produit dans la réalisation du dommage ne suffit pas à établir son défaut au sens de l'article 1386-1 du Code civil ni le lien de causalité entre ce

¹⁴⁶² C. Caillé, *Responsabilité du fait des produits défectueux*, Répertoire de droit civil, janv. 2008 (dernière mise à jour mars 2012), n°1.

¹⁴⁶³ Selon ce texte « le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage » ; voir en ce sens : Cass. 1^{re} ch. civ., 5 avr. 2005, pourvois n° 02-11.947 et n° 02-12.065, Bull. 2005, I, n° 173 ; 1^{re} civ., 27 févr. 2007, pourvoi n° 06-10.063.

défaut et le dommage, même si son utilisation a pu faciliter ou favoriser l'apparition de désordres¹⁴⁶⁴. Il faut surtout prouver que le dommage prétendu subi par la victime ait été consécutif à une défectuosité du produit. De même, la même Cour a jugé que le seul fait de constater qu'un médicament entraîne des troubles ne caractérise pas un défaut¹⁴⁶⁵.

766. Certes, pour que le régime de responsabilité du fait des produits défectueux trouve à s'appliquer, encore faut-il que la situation dommageable invoquée entre dans son champ d'application. Selon l'article 1386-2 du Code civil « les dispositions du présent titre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne. Elles s'appliquent également à la réparation du dommage supérieur à un montant déterminé par décret¹⁴⁶⁶, qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même ». Et selon l'article 1386-3 du même Code « est un produit tout bien meuble, même s'il incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit ».

767. Par ailleurs, la responsabilité du fabricant ou du producteur peut être attribuée à plusieurs personnes ayant participé au processus de la fabrication ou la production. Aux termes de l'article 1386-8 du Code civil « en cas de dommage causé par le défaut d'un produit incorporé dans un autre, le producteur de la partie composante et celui qui a réalisé l'incorporation sont solidairement responsables ». La Cour suprême a cassé un arrêt ayant retenu, pour débouter de leur action indemnitaire contre plusieurs laboratoires fabricants de la même molécule à l'origine des dommages invoqués, les victimes qui n'avaient pu désigner le fabricant de la molécule à laquelle elles avaient été effectivement exposées. Elle a précisé en ce sens que « le fait que les deux laboratoires aient tous deux mis sur le marché la molécule à l'origine du dommage, fait non contesté, ne pouvait fonder une action collective (...), en énonçant que, dès lors qu'il était établi que la molécule incriminée était la cause de la pathologie, il appartenait à chacun des laboratoires en cause de prouver que son produit n'était pas à l'origine du dommage¹⁴⁶⁷ ». Cette disposition constitue dans le cadre des groupes un intérêt tout particulier pour les tiers victimes d'un produit défectueux fabriqué en collaboration entre plusieurs sociétés du groupe compte

¹⁴⁶⁴ Cass. 1^{re} ch. civ., 22 oct. 2009, pourvoi n° 08-15.171.

¹⁴⁶⁵ Cass. 1^{re} ch. civ. 19 mars 2009, pourvoi n° 08-10.143 ; De même, il a été précisé que l'existence du défaut ne peut se déduire de l'incertitude scientifique quant à l'innocuité ou l'absence de nocivité du produit (Cass. 1^{re} ch. civ. 22 mai 2008, pourvoi n° 06-18.848).

¹⁴⁶⁶ V. D. n° 2005-113, 11 févr. 2005, fixant ce montant à 5000 euros.

¹⁴⁶⁷ Cass. 1^{re} ch. civ., 24 sept. 2009, pourvoi n° 08-16305, Bull. 2009, I, n° 187 ; 1^{re} civ., 28 janv. 2010, pourvoi n° 08-18.837, Bull. 2010, I, n° 22.

tenu qu'aucune de celles-ci ne peut échapper à sa responsabilité tant qu'elle n'a pas été qualifiée de non-participante à la défectuosité.

768. Enfin, l'article 1386-18, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que les dispositions nouvelles « ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité ». Cette option ouverte à la victime d'un produit défectueux constitue une importance essentielle puisque la responsabilité que prévoit la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 (C. civ. art. 1386) peut dans certaines situations être éliminée. Comme l'a écrit un auteur¹⁴⁶⁸ « la victime conserve un intérêt à agir sur le fondement du droit commun, à l'évidence, lorsque l'action sur le fondement du droit nouveau lui est fermée, parce qu'une des conditions fait défaut ». En effet, ladite loi mentionne plusieurs cas dans lesquels le fabricant ou le producteur est exonéré de sa responsabilité alors même qu'une faute peut être recherchée à son encontre. Ainsi, lorsque le dommage affecte le bien défectueux lui-même, ou si le producteur de la partie composante établit que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel cette partie a été incorporée ou aux instructions données par le producteur de ce produit (c. civ. art. 1386-11), ou si l'exonération du fabricant ou du producteur a été fondée sur risque de développement. En l'occurrence, la victime peut profiter de la coexistence de la responsabilité du fabricant ou producteur, en tirant avantage de celles du droit commun comme nous l'avons vu appliquer par la juridiction.

Conclusion du chapitre

769. Nous constatons au terme de ce chapitre que les règles particulières aux groupes de sociétés sont de plus en plus nombreuses. Le législateur français, soucieux de s'attaquer aux conséquences néfastes que peuvent induire ces groupes sur leurs composantes, ne cesse d'intervenir pour assurer une meilleure protection des créanciers de ces dernières. Mais cette intervention ne parvient toujours pas à mettre en place une réglementation particulière et détaillée, car les domaines touchés par ce phénomène sont tellement variés qu'ils nécessitent des prises en compte ponctuelles. De même, le juge du fond ne doit pas s'enfermer dans le droit des sociétés en mettant à l'écart certaines règles du droit civil qui peuvent être idéalement protectrices des créanciers des sociétés filiales.

¹⁴⁶⁸ C. Caillé, *op. cit.*, n°88.

Conclusion de la partie II

770. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a déclaré que « lorsque plusieurs sociétés appartiennent à un même groupe, l'état de cessation des paiements s'apprécie au regard de la situation de chaque société et non au niveau du groupe¹⁴⁶⁹ ». Cette décision réaffirme le principe général selon lequel un associé à risque limité ne peut être tenu aux dettes sociales au-delà de sa participation au capital. En l'absence de droit particulier aux groupes, les rapports entre la filiale et ses créanciers restent soumis aux règles classiques du Code de commerce, essentiellement fondées sur la notion de personnalité morale. La société mère tire de ces règles un grand avantage dans la mesure où elle demeure étrangère à ces rapports, et par conséquent non-responsable aux engagements des sociétés membres du groupe.

Néanmoins, cette étude a permis de montrer que le principe général constamment réaffirmé dans la jurisprudence est sensiblement affecté au cours des dernières années. La position dominante qu'exerce la société mère au sein de son groupe a donné lieu à une cruciale évolution législative et jurisprudentielle à l'avantage des créanciers des sociétés filiales. En effet, et d'une part, en tant qu'associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, cette société peut être directement intéressée par la procédure collective ouverte à l'encontre de sa filiale défaillante à ses obligations si une confusion dans leurs patrimoines ou une fictivité de cette dernière a été constatée. D'autre part, les règles régissant la responsabilité des dirigeants et associés s'appliquent sans équivoque à la société mère disposant de telles qualités. Ainsi, une fois imputée une faute de gestion contributive à l'insuffisance d'actif de la filiale, cette société peut être tenue de combler le passif social de cette dernière. Même si sa faute n'est pas de nature à introduire une insuffisance d'actif de la filiale, elle peut être poursuivie par les créanciers de celle-ci si elle a commis une faute qualifiée de « détachable des fonctions sociales ».

1469 V. Cass. com. 11-18.026 - 03 juill. 2012 - Publié au bulletin.

Conclusion générale

771. Nous entamions notre étude sur une interrogation : les créanciers des sociétés membres du groupe, sont-ils en mesure de se protéger à l'égard de ces sociétés. L'interrogation était justifiée par le fait qu'au sein d'une même société filiale débitrice, un double intérêt coexiste : l'intérêt social de celle-ci et l'intérêt commun du groupe. Cette coexistence est souvent révélatrice d'une opposition redoutable au détriment des différentes catégories des créanciers.

772. A travers l'étude de la protection des associés minoritaires des sociétés filiales, nous avons constaté que se dessinent des mouvements contradictoires. Ainsi, d'un côté, la société mère, maîtresse de l'affaire exploitée par le groupe, tend souvent à considérer l'ensemble de ses filiales comme des entités liées à une seule et unique entreprise, ayant pour finalité de développer et d'accroître sa dimension économique et financière et par conséquent son emprise sur les marchés. S'appuyant sur son pouvoir de fait, elle n'hésite pas à donner des directives et consignes aux dirigeants de ses filiales en vue d'équilibrer les résultats de ces dernières, voire de s'approprier des avantages particuliers à leur détriment. 00218928218115

D'un autre côté, les règles générales du droit commun sont susceptibles d'assurer à cette société une certaine marge de liberté pour exercer un aménagement du pouvoir des dirigeants du groupe. Ainsi, par le biais de ses participations majoritaires, elle se voit en mesure de réunir entre ses mains les pouvoirs reconnus aux assemblées générales de ses filiales en même temps qu'elle se fait désigner dirigeant de celles-ci. Elle exerce ces pouvoirs directement ou d'une manière indirecte par personne interposée dans plusieurs filiales, mettant en jeu l'intérêt de ces dernières et celui de leurs associés minoritaires.

773. En revanche, nous avons constaté que, face à cette position dominante, les associés minoritaires des sociétés filiales ne sont pas démunis de protection. La procédure de contrôle relative aux conventions réglementées et avantages particuliers constitue en la matière une garantie importante dans la mesure où elle empêche la société mère de tirer profit de ses filiales en dehors de leurs résultats effectifs ou en disproportion de sa participation.

De même, l'autonomie juridique des sociétés filiales assure à leurs associés minoritaires l'application des dispositions législatives adéquates pour maintenir leurs droits à l'égard de leurs sociétés. En effet, autant la société mère ne peut s'ingérer dans la gestion

ou l'administration de ses filiales sans remplir certaines conditions, autant elle ne peut affecter les droits des associés minoritaires de ces dernières contre leur gré.

774. L'évolution jurisprudentielle relative au droit des groupes témoigne également de singularités dans le domaine du droit du travail. Deux notions fondamentales ont été adoptées pour parvenir à la protection de l'intérêt du personnel lié aux différentes sociétés du groupe, à savoir la notion d'unité économique du groupe et celle de coemployeur. Dès les années 1970, la Cour de cassation a estimé que les sociétés affiliées d'un groupe, ayant une même direction et présentant une communauté d'intérêts, pouvaient être regardées comme « une unité économique et sociale », assimilable à une entreprise pour l'application de la législation relative à la représentation du personnel et à la représentation syndicale. Cette création jurisprudentielle a été consacrée par la loi du 28 octobre 1982 - relative au développement des institutions représentatives du personnel¹⁴⁷⁰. De même, la jurisprudence s'est également attachée depuis longtemps à l'emploi de la théorie de l'employeur conjoint, considérant la société mère comme co-employeur des salariés de sa filiale. Cette théorie se fonde essentiellement sur les liens de subordination entre les filiales et leur mère, qui impliquent parfois que les salariés exécutent leur contrat de travail indifféremment dans plusieurs sociétés¹⁴⁷¹. La mise en œuvre de cette théorie permet alors d'appréhender le groupe de sociétés dans sa dimension globale en gommant en quelque sorte la pluralité des personnes morales qui le composent.

775. Par ailleurs, sous le manteau de la protection des créanciers externes des sociétés filiales, cette étude a permis de montrer que la personnalité morale ne peut être invoquée pour aboutir à des fins frauduleuses. La notion de fictivité et celle de confusion de patrimoines ont en effet assuré au juge du fond un substantiel pouvoir pour aller plus loin que la sphère étroite de la société filiale. La jurisprudence accepte depuis longtemps qu'une société mère qui s'était immiscée dans la gestion de sa filiale et avait pris toutes les décisions dans son intérêt exclusif, puisse être considérée comme le seul propriétaire exploitant le fonds de commerce « sous couvert de la filiale purement fictive¹⁴⁷² ». Il est également admis que l'existence d'un groupe, supposant des liens en capital entre plusieurs

1470 Voir, I. Desparats, *la notion d'unité économique et sociale en droit de travail* (), J. Péliissier, *Droit du travail*, 23e éd. Dalloz, 2006, n°609, p.720.

1471 Voir, M. Gaye, *thèse précitée*, n°167, p.93.

1472 Cass. com. 3 nov. 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 358 : « une cour d'appel, qui relevait qu'une personne non associée s'était immiscée dans la gestion d'une société et avait pris toutes les décisions dans son intérêt exclusif, avait pu en déduire, sans contradiction, qu'elle était le seul propriétaire exploitant le fonds de commerce "sous couvert de la société purement fictive" et que, dès lors, la promesse de cession de parts sociales constituait une promesse de vente du fonds ».

sociétés avec l'intention pour la société mère d'exercer une domination ou une influence sur ses filiales, peut constituer un terrain propice à la confusion des patrimoines.

Dans les deux situations, les créanciers de la filiale insolvable pourront être tentés de démontrer son caractère fictif ou l'état de confusion de son patrimoine avec celui d'une ou d'autres sociétés membres de son groupe afin de remettre en cause son autonomie juridique ou patrimoniale par rapport à celle de sa société-mère, voire même de ses sociétés sœurs. Cette jurisprudence constitue dans le cadre des groupes de sociétés une importance toute particulière pour les créanciers d'une filiale car elle permet d'étendre la procédure collective de celle-ci à une ou plusieurs autres sociétés membres du groupe. Cette extension peut conduire en pratique à une faillite globalisée au niveau du groupe qui offre aux créanciers des sociétés affiliées un droit de retour contre l'ensemble de ces sociétés. Autrement dit, la théorie de la fictivité et celle de confusion de patrimoine impliquent de traiter l'ensemble des sociétés en cause comme une seule et unique entreprise dont les biens sont mis en commun en faveur de l'ensemble des créanciers de ces sociétés.

776. Mais il faut tenir compte que dans le cas de confusion de patrimoines, la jurisprudence n'admet pas trop facilement cet aboutissement. Bien au contraire, elle se montre plutôt tentée à respecter le principe général de la responsabilité limitée de la société mère vis-à-vis des créanciers de sa filiale. Les deux voies envisagées pour parvenir à l'extension des obligations des sociétés du groupe vis-à-vis des tiers impliquent l'existence de plusieurs conditions à l'égard desquelles la jurisprudence se montre d'une certaine rigidité. En ce sens, dans l'affaire *Metaleurop* relative à la confusion de patrimoines, les conventions de gestion de trésorerie et de change, l'échange de personnel et l'avance de fonds révèlent l'existence de relations financières entre sociétés d'un même groupe. Mais ces éléments n'établissent pas "des relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoines de la société-mère avec celui de sa filiale". Autrement dit, toute anomalie dans les relations intra groupes n'est pas synonyme de confusion des patrimoines.

777. En outre, cette étude a également montré que la société mère peut être poursuivie par les créanciers de ses filiales en raison de sa qualité de dirigeant ou gérant de ces dernières. Au travers des différentes sources juridiques de responsabilité sociale, il apparaît que ces créanciers jouissent d'un important régime de protection. Selon les textes et la jurisprudence, toutes les sanctions qui s'appliquent aux dirigeantes personnes physiques

sont applicables sans contradiction à la société mère exerçant une telle qualité. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une faute de gestion débouchant sur une insuffisance d'actif de la filiale, la société mère dirigeante peut faire l'objet d'une action en comblement de passif de cette dernière. Même si elle n'occupe pas un poste de dirigeant, elle pourrait se voir imputée la qualité de dirigeant de fait et ainsi obligée de combler le passif social de celle-ci. Comme T. Gautier¹⁴⁷³ l'a souligné, dans les groupes de sociétés, la société filiale comme ses dirigeants ne sont que les maillons d'un ensemble dans lequel ils doivent nécessairement s'intégrer et céder une part de leurs prérogatives et de leur autonomie. Leur soumission à l'intérêt commun du groupe implique souvent la limitation de leurs prérogatives juridiques face aux larges pouvoirs de fait dont dispose la société mère.

778. L'évolution observée à propos des règles générales du droit commun des sociétés *in bonis* sont également favorables à la protection des créanciers de la filiale. En effet, et d'une part, la faute commise par la société mère dirigeante peut être détachable de l'exercice de ses fonctions sociales (intentionnelle ou d'une gravité particulière) si bien qu'entraînant sa responsabilité personnelle aux dettes de sa filiale. Cette exigence jurisprudentielle n'a d'ailleurs pas lieu lorsque la société mère s'ingère dans la gestion ou la direction de sa filiale sans avoir le titre de dirigeant de droit car sa qualification de dirigeant de fait lui interdit de tirer avantage de ce régime. D'autre part, le régime de la faillite personnelle, même n'intéressant pas la société mère dirigeante en raison de sa personnalité morale, il peut constituer un mode singulier de protection dans la mesure où il s'applique aux dirigeants des filiales, habituellement choisis à la diligence de la société mère. Il a également vocation pour s'appliquer au représentant permanent de la société mère dirigeante de sa filiale.

779. De plus, ce ne sont pas seulement les règles du droit des sociétés qui s'appliquent aux groupes avec pertinence, mais encore certaines dispositions particulières. En effet, au cours de ces dernières années, le législateur français a montré une forte tendance au traitement ponctuel du phénomène des groupes. Cela se remarque dans plusieurs domaines dont les plus importants se résument en deux principaux : celui de l'environnement et celui de la concurrence. Les règles introduites en la matière ont apporté la preuve de leur aptitude à produire des techniques correctrices afin de remédier aux imperfections du droit de sociétés. Le juge est appelé à jouer un rôle décisif pour accompagner un redressement ou organiser une liquidation contre la société mère qui commet un acte portant atteinte à

1473 T. Gautier, *op. cit.*, n°834, p.507.

l'environnement ou qui contrevient au droit de la concurrence.

De même, les droits civils français et libyen donnent aux créanciers la possibilité d'agir de différentes façons contre les actes passés par la filiale. D'une part, ils peuvent intenter une action paulienne contre les actes accomplis par la filiale avec des tiers en vue d'aboutir à leur inopposabilité. D'autre part, ils ont vocation à s'adresser directement aux tiers débiteurs de la filiale pour leur réclamer les créances qu'elle possède à leur encontre.

780. Il reste à conclure que – et ce sera le dernier point – l'évolution législative et jurisprudentielle relative aux groupes de sociétés procure en pratique une importante protection aux différentes catégories des créanciers des sociétés membres. Cette évolution donne lieu à une réglementation juridique détaillée que nous estimons capable de régir ce phénomène complexe.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

1- Les ouvrages généraux, traités, manuels :

Al-azhari (M.)

- La théorie générale des obligations, 1^{er} éd. 2005, Dar-Alkoutob-Alwatania Benghazi.

Al-badwi (M.)

- Les règles générales des sociétés commerciales, cours du master2, l'université de Tripoli, 2001.

Algado (B-S.)

- Droit des sociétés, 2^{ème} éd. 2008, Lexifac.

Amiaud (A)

- Manuel de droit commercial, 15^{ème} éd. Paris 1928.

Arwaimed (A.)

- Le droit social, « selon le droit du travail n°12-2010 », 7^{éd}, Dar-Al-kitab Benghazi, 2011.

Bénabent (A.)

- Droit civil, les obligations, 12^{éd}. Montchrestien, 2010.

Bougnoux (A.)

- sociétés civile.- associés, JurisClasseur, cote 4 2010.

Charveriat (A.), Couret (A.)

- Mémento Pratique Francis Lefebvre, droit des affaires, sociétés commerciales, 2013.

Coeuret (A.), Gauriau (B.) et Mine (M.)

- Droit du travail, 2^{ème} éd, 2009.

Constantin (A.)

- Droit des sociétés, Droit commun et droit spécial des sociétés, éd. Dalloz 2004.

Cozian (M.), Viandier (A) et Deboissy (F)

- Droit des sociétés, LexisNexis, 2011.

Duquesne (F.)

- Droit du travail, 4^{ème} éd. 2004.

Éditions Francis Lefebvre

- Sociétés civiles, aspects juridiques, fiscales, sociales, comptables, 2010.

Hainaut-Hamende (P.) et Raucq (G.)

- Les sociétés anonymes, constitution et fonctionnement, Larcier 2005.

Hémard (I.), Terré (F.) et Mabilat (P.)

- Sociétés commerciales, 1972, rév. Internationale de droit comparé. Vol. 31, n° 2, avril-juin 1979, p. 467.

Houpin (C.) et Bosvieux

- Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations avec formules, 7e éd. Paris. 1935.

Jeantin (M.)

- Droit des sociétés, 2e éd. Montchrestien, Paris 1992.

Grosclaude (L.)

- Droit des sociétés, DUNOD, Paris, 2009.

Le Gall (J-P.) et Le Gall-Robinson (C)

- Droit des sociétés, Groupes de sociétés, salariés, valeurs mobilières et marchés financiers, Dalloz, 2004.

LE Goff (J.)

- Droit du travail et sociétés, les relations individuelles du travail, 2001.

Le Tourneau (Ph.)

- Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 2004-2005.

Lhuillier (G.) et Dalion (P.)

- Droit des sociétés, manuel & applications, 2^{ème} éd 2009.

Albadawi-Alazhari (M.)

- Droit des activités économiques, premier livre, les règles et les principes généraux,

Centre National des Recherches et des Etudes Scientifiques, 1997.

Madi (M.) et Azahawi (F)

- Les sociétés commerciales en droit libyen, 1^{er} éd, 1997.

Malaurie (Ph.), Aynès (L) et Stoffel-Munck (Ph)

- Droit civil, les obligations, 5^{ème} éd. Defrénois, Lextenso-édition, 2011.

Mazeaud (H.), Mazeaud (J.) et Chabas (F.)

- Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale, 8^{ème} éd. Montchrestien E.J.A. 1991.

Menjucq (M.)

- Droit international et européen des sociétés, 3^{ème} éd. 2011, Lextenso-éditions.

Mercadal (B.) et Janin (Ph.)

- Sociétés commerciales, Mémento pratique Francis Lefebvre 1999.

Merel (Ph.)

- Droit commercial, sociétés commerciales, Dalloz, 15^{ème} éd. 2012.

Mine (M.) et Marchand (D.)

- Le droit du travail en pratique, 22^{ème} éd. 2010

Moulin (J-M.)

- Droit des sociétés et des groupes, Lextenso, 3^{ème} éd. Paris 2008.

Nassif (E.)

- Les sociétés commerciales, Al-Waidat Pairoit-Paris, 2^{ème} éd 1992.

Navarro (J-L.)

- Mémento de la jurisprudence, droit des sociétés, vol 2 : Le juge et la société, 2011, Hachette supérieur.

Pansier (F-J.)

- Droit du travail, relations individuelles et collectives, Litec, 5^{ème} éd.

Pélissier (F-J.), Auzero (G) et Dockès (E)

- Droit du travail, Dalloz, 25^{ème} éd, 2010.

Petit (B.)

- Droit des sociétés, Litec 4^{ème} éd. 2008.

Pizzio-Delaporte (C.)

- Droit du travail, théorie et pratique, éd. Vuibert 2011.

Ray (J-E.)

- Droit du travail, Droit vivant, 18^{ème} éd. 2009-2010.

Soltan (A.)

- La théorie générale des obligations, 1997, dar al-matbohat al-jamihia.

Terré (F.), Simler (Ph) et Lequette (Y)

- Droit des obligations, Dalloz, 8^{ème} éd. 2002.

Tilquin (T) et Simonart (V)

- Traité des sociétés, Kluwer 2005.

2- Les ouvrages spéciaux :

Algado (B-S.)

- Droit des entreprises en difficulté, Lexifac droit, 2007.

Al-Masrie (H.)

- La liberté de se rejoindre et de se retirer de la société, étude exhaustive relative aux sociétés de personnes et aux sociétés de capital, Dar-Alfekar-Al-Arabi. 1985.

Al-Shaarawy (Z.)

- Nationalité des sociétés commerciales (société anonyme), Dar-Al-Nahda-Al-Arabia, 1989.

Arcelin-Lécuyer (L)

- Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, 2009.
- L'entreprise en droit de la concurrence, français et communautaire, éd. 2003, coll. Bibliothèque de Droit de l'Entreprise, Ed. Litec.

Azarian (H.)

- Société par actions simplifiées, création et statut des associés, JurisClasseur Commercial, Cote 5, 2012.

Azzi (R.)

- L'unité économique dans les groupes de sociétés, concept et effets économiques, mémoire en ligne.

Bandrac (M.) et Dom (J-P.)

- Loi NRE et autres réformes, réflexion et solutions pratiques en droit des sociétés. Joly. éd 2002.

Bardet (H.), A. Beetschen, Charveriat (A.) et Gouthiert (B.)

- Les holdings, guide juridique et fiscal, 4^{ème} éd. 2007.

Béguin (J.)

- L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 juillet 1966, Rev. soc. 1996.

Benoît-Renaudin (C.)

- La responsabilité du préposé, thèse publiée avec le soutien du Conseil Scientifique de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010.

Berairie (M.)

- La personnalité morale de la société commerciale, les conditions de son acquisition et les limites de son allégation, étude comparée en droit égyptien, français et anglais, Dar-Al-Fekr-Alarabi, 1985, p.174.

Bertrel (J-P)

- L'intérêt social, Droit et patrimoine 1997.

Bicheron (F.)

- La dation en paiement, prix de thèse de l'université Panthéon-Assas (Paris II), L.G.D.J, 2006.

Bienvenu (A.)

- Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés, bibliothèque de droit de l'entreprise, LexisNexis 2011.

Billion (P)

- Les groupes de PME, une ou plusieurs sociétés ? Aspects juridiques, financiers, 50 questions et réponses pratiques, LexisNexis-Litec. 2009.

Boubli (J.)

- Les groupes de sociétés et le droit du travail, la détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999.

Boutard-Labard (M.) et Canivet (G.),

- Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994.

Catel (A-D.)

- Le gouvernement des groupes de sociétés, les relations entre propriété et pouvoir à l'épreuve des relations de l'entreprise contemporaine, thèse soutenue le 11 octobre 2007 à l'université de Pierre Mendès France- Grenoble.

Champaud (C.)

- Le pouvoir de la concentration de la société par actions, 1962.
- Les fondements sociaux de la doctrine de l'entreprise, Dalloz 2003, p.117.

Chaput (Y.)

- Les dirigeants de société responsables, approche belge concernant la responsabilité des dirigeants d'un groupe de sociétés, Mémoire, Sorbonne-ParisI, année 2004-2005.

Claire (M.)

- Le groupe des sociétés au regard du Droit social, Lille thèse, 2001.

Cohen (M.)

- Le Droit des comités d'entreprise et des comités des groupes, J.G.D.J, 9^{ème} éd, 2009.

Daigre (J-J.)

- Entreprise en difficulté, redressement judiciaire (personnes morales et dirigeants), répertoire de droit des sociétés, déc. 1996.

Delcourt (O.)

- Les opérations de trésorerie internes aux groupes de sociétés, aspects juridiques et fiscaux, Publibook.

Dénos (P.)

- Guide pratique du gérant de SARL, les éditions d'organisation, 5^{ème} tirage 1998.

Despax (M.)

- L'entreprise et le droit, LGDJ, 1957

Duet (A.)

- Le gouvernement des groupes de sociétés, les relations entre propriété et pouvoir à l'épreuve des réalités de l'entreprise contemporaine, 2007, université Pierre Mendès-France, Grenoble II

Elliot (I.), Klayman, John (W.), Bagby et Nan (S.), Ellis, Irwin's

- Business law, concepts analysis, perspectives, 1994.

Fischer (C.)

- Le rachat d'actions et les participations réciproques. C. De Boeck & Larcier 1996, Département De Boeck, Université Paris, Bruxelles.

François (J.)

- L'obligation de la caution réelle, Defrénois 2002, art. 37604, n°312-324.

Gannam (Sh.)

- La faillite internationale des groupes de sociétés multinationales, la responsabilité

de la société mère étrangère aux dettes de ses filiales, Dar-Al-Nahda-Al-Ajadida, 2006.

Gautier (T.)

- Les dirigeants et les groupes de sociétés, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec. 2000.

Gaye (M.)

- L'influence du groupe de sociétés sur la relation individuelle de travail, thèse de doctorat soutenue en 2007 à l'université de Rennes I.

Germain (M.) et Legros (J-P)

- Travaux dirigés de droit des sociétés, 7^{ème} éd. Litec.
- Travaux dirigés de droit des sociétés, 8^{ème} éd. LexisNexis 2011.

Gibirila (D.)

- Fasc. 41 : société. – Dispositions générales. – Parts sociales : droits et obligations de l'associé, JurisClasseur Civil Code, Art. 1832 à 1844-17, Cote : 03,2009
- Les dirigeants des sociétés, Litec, 1995.

Goffaux-Callebaut (G.) et Gastaud (J-P.)

- Du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés, L'Harmattan, 2008.

Goffin (J-F.)

- Responsabilités des dirigeants de sociétés, 2^{ème} éd. Larcier, 2004.

Goudet (R-B.)

- Constitution des sociétés par actions. – fondation. – période constitutive, jurisClasseur commercial, cote : 05,2012, date de fraîcheur : 10 janvier 2012.

Guyon (Y)

- Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaire et conventions entre associés, 4^{ème} éd. L.G.D.J, 1999.

Hadji-Artinian (S.)

- La faute de gestion en droit des sociétés, actualité de la faute de gestion, mécanismes de prévention et sanctions, Litec Groupe Lexis Nexis, éd. 2001.

Hannoun (Ch.)

- Le droit et les groupes de sociétés (thèse fondée par SOLUS (H) et dirigée par Ghestin (J.), Bibliothèque de Droit privé, L.G.D.J, 1991.

Hind (H.)

- La responsabilité de la société mère aux dettes de ses filiales, 1997.

Hmoda (F.)

- Les aspects juridiques des sociétés holdings, mémoire en droit présenté et soutenu à l'Université de Tripoli le 23 avril 2003.

Houin et Bouloc

- Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Sirey, 2^{ème} éd. 1976.

Huest (J-J)

- Sénat, n° 335, Session ordinaire 2004-2005, mai 2005, tome I et X de Roux, Rapport Assemblée Nationale, n° 2095, XII^e Législature, fév. 2005.

Issa (H.)

- Les sociétés multinationales, étude destinée aux aspects juridiques et économiques de la concentration capitaliste contemporaine, L'Association Arabe des Etudes et Publications.

Hallouinle (J-C.)

- Le dirigeant d'une filiale peut bénéficier de la part de la société mère d'un contrat de travail dont l'objet exclusif est la gestion de la filiale, l'existence d'un lien de subordination étant ainsi caractérisée, Dalloz, 1998.

Jacquemond (A.)

- Droit des entreprises en difficulté, Litec, 3e éd, spéc. n°137.
- La dynamique du groupe d'entreprises : une perspective du droit économique, revue d'économie industrielle n° 47, 1er trimestre 1989.
- Sauvegarde, redressement, et liquidation judiciaire. Exploitation en commun et confusion des patrimoines, JurisClasseur Commercial, Cote : 09, 2006.

Jeantin (M.)

- Droit des sociétés, 2^{ème} éd. Montchrestien, Paris 1992.

Le Gall (J-P.) et Le Gall-Robinson (C.)

- Droit des sociétés, Groupes de sociétés, salariés, valeurs mobilières et marchés financiers, Dalloz, 2004.

Le Tourneau (Ph.)

- Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 2004-2005.

Lecourt (A.)

- La concurrence déloyale, la justice au quotidien, L'Harmattan, avril 2004.

Legros (J-P.)

- Les référés injonctions de faire relatifs aux augmentations de capital après la loi du 22 mars 2012, dr. soc. n°1 janv. 2013, étude 1.
- Nullité de la société, cause de nullité, JurisClasseur Sociétés Traité, Cote : 05,2005, date de fraîcheur : 23 Décembre 2004
- Nullités des sociétés, sanctions des irrégularités de constitution, JurisClasseur commercial, cote : 03,2003, Date de fraîcheur : 25 Octobre 2002.
- Mesures conservatoires : le décret d'application de la loi dite « Petroplus » du 12 mars 2012, dr. soc. janv. 2013, comm. 13.

Lienhard (A.)

- Procédures collectives, prévention et conciliation, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire, sanctions, procédure, édition Delmas, 3^{ème} éd. 2009, n°717, p.144

Mairot (A.)

- La société-partie au procès civil, thèse en droit soutenue le 23 octobre 2010, à l'université de Franche-comté.

Marcelle (M.)

- Les conventions intra-groupes de sociétés, mémoire publié sur le site de l'université de Droit et de la santé, Lille2, 2004-2005.

Martin-Serf (A.)

- Société – constitution de la société : consentement des parties – sociétés fictives et frauduleuses, JurisClasseur Commercial, Cote : 05, 2012, 30 déc. 2011.

Masquelier (F.) et De Kergunic (N-S.)

- Sociétés par actions simplifiées (Création, Gestion, Évolution), Delmas, 4^{ème} éd, 2005.

Médina (A.)

- Abus de biens sociaux – prévention, détection, poursuite. Dalloz 2001.

Menjucq (M.)

- Droit international et européen des sociétés, 3^{ème} éd. 2011, Lextenso-éditions.

Mercier (S-T.)

- La consolidation, éd des CCI de Wallonie s.a. 2005.

Moreau (M-A.)

- La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire : quelques réflexions à partir d'une analyse comparée.

Moulin (J-M.)

- Droit des sociétés et des groupes, Lextenso, 3^{ème} éd. Paris 2008.

Nze Ndong Dit Mbele (J-R)

- Le dirigeant de fait en droit privé français, thèse de doctorat (présentée et soutenue

le 09 juillet 2008 à la faculté de droit, sciences économiques et gestion - Université Nancy 2-).

Paetzold (C.)

- La responsabilité de l'associé dominant en droit allemand et français, mémoire DJCE – DESS de juriste d'affaires, soutenu à l'Université Paris II – Panthéon-Assas, 2002

Paillusseau (J.)

- La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques. D 2003.

Parthelemy, Coulon, Egal, Guigou, Hardouin, Mello, Petiteau, Seurat,

- Le droit des groupes de sociétés, Dalloz 1991.

Pélissier (J.), Auzero (G.) et Dockès (E.)

- Droit du travail, Dalloz, 25^{ème} éd, 2010.

Percerou (R.)

- La notion d'avantage particulier, in dix ans de conférence d'agrégation, Hommage à Hamel. J, Paris 1961.

Pérochon (F.) et Bonhomme (R)

- Entreprises en difficulté, instrument de crédit et de paiement, 8^{ème} éd, Lextenso édition, 2009.

Peter (H.)

- L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Helbing&Lichtenhahn, thèse 1990.

Pitz (S.)

- Peut-on concevoir la faillite d'un groupe de sociétés ? Mémoire sous la direction de Jean-Luc Vallens, Année universitaire 2001/2002, Université Robert Schuman de Strasbourg.

Ramquet (P.)

- Responsabilité de la société mère du fait de sa filiale, par Pierre, Séminaire de Milan du 6 et 7 novembre 1998, organisé par l'association internationale des jeunes avocats.

Reda (Y.)

- Les aspects juridiques des groupes de sociétés, éd. Dar-Annahda-Al-Arabia, le Caire, 2000.

Reille (F.)

- La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives. Litec. Groupe LexisNexis.

Rives-Lange (J-L.)

- La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens), D. 1975, Chron.

Sauerwein (N.)

- La responsabilité de la société mère, étude de droit suisse, Stämflit Editions SA Berne. 2006.

Savatier (J.)

- Détachement ou mutation d'un salarié entre sociétés d'un même groupe et calcul de l'ancienneté : Dr. Social 1994.

Schmidt (D.)

- De l'intérêt social, RD banc. Fin. 1995.
- Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Ed. GlnJoly Eds, mars 2004.

Sénéchal (M.)

- L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers, Litec 2002.

Serra (Y)

- La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile (Droit interne et communautaire), Coll. droit usuel, Dalloz 1991.

Sikora (J.)

- L'exclusion des membres des groupements de droit privé, Thèse Strasbourg Université Robert Schuman, 2007.

Sylvaine (P-P) et Oliva (A-M),

- Droit international et européen, cours de master 1, 2006-2007.

Tchoyi-Doumbe (H-G.)

- La cession de droits sociaux de l'associé minoritaire, thèse en droit (présentée et soutenue le 9 décembre 2010 à l'université d'Auvergne – Clermont-Ferrand i e.d. des sciences économiques, juridiques et de gestion (e.d. 245).

Tipars (M.)

- La théorie des droits fondamentaux de l'actionnaire de la SA, étude comparative en droit libyen, égyptien et français, thèse présentée et soutenue à l'université de Caire en 1998.

3- Les articles :

Al-azhari (M.)

- La théorie générale des obligations, 1er éd. 2005, Dar-Alkutob-Al-Watania, Benghazi.

Albarian (A.)

- La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance, RTD Com. 2012, p. 1. n°9.

AL-Sharquawi (M.)

- L'entreprise multinationale et la société holding comme instrument pour sa

création, revue (égyptienne) du droit et de l'économie.

Amauger-Lattes (M-C.)

- Rapatriement et reclassement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère au sein de la société mère : l'interprétation large d'un texte restrictif, Soc. 13 novembre 2008, n° 07-41.700, à paraître au Bulletin et Soc. 13 novembre 2008, n° 06-42.583, inédit, revue de droit du travail, 2009.

Auzero (G.) et Ferrier (N.)

- Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, Répertoire de droit du travail © Editions Dalloz 2011, n°169.

Barbieri (J-F.)

- Les conventions réglementées : entre réalité de l'ambition régulatrice et fiction de la prévention des conflits, in La loi NRE et le droit des sociétés, collection des Grands colloques, Montchrestien, 2003.

Beder (P.)

- Registre du commerce et des sociétés. octobre 2008. Répertoire du droit commercial. N°99.

Bellanger (A-J.)

- Entretien sur la pluralité des masses, RJ com. 1962.

Bertrel (J-P.)

- Liberté contractuelle et sociétés, RTD Com. 1996.

Beyneix (I.)

- Le salarié mis par sa société mère à la disposition d'une filiale étrangère doit être rapatrié et réintégré au sein de cette dernière, qu'il subsiste ou non un contrat originel entre eux, JCP E, n°14, 2 avril 2009, 1358.

Bézard (P.),

- Face-à-face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement

d'entreprise, Petites Affiches 2004, n° 31, p. 45, spéc. p. 47.

Blanc (G.)

- Le représentant des créanciers et le commissaire à l'exécution du plan peuvent exercer l'action paulienne, JCP E, n° 18, 2 Mai 2002, 726.

Blin-Franchomme (M-P.)

- De l'« évolution des espèces » : vers une responsabilité environnementale des groupes de sociétés, Revue Lamy Droit des Affaires – 2009.
- L'autre « affaire du voile » : convictions sociétaires versus responsabilité environnementale des groupes, Revue Lamy Droit des Affaires, 2010.

Bolard (G.)

- Administrateur provisoire et mandat ad hoc, JCP E1995,1,509.

Bost (E.)

- Le pouvoir du représentant des créanciers et du commissaire à l'exécution du plan d'exercer l'action paulienne au nom et dans l'intérêt des créanciers, JCP, Octobre 2002.

Boursier (M-E.)

- Le fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité, Rév. soc 2005.

Bureau (D.)

- La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés, Bull. Joly 2001.

Cabrillac (M) et Pétel (Ph)

- Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire des entreprises, JCP E G, n° 15, 8 avr. 2009.

Cagnoli (P.) et Sahli (K.)

- La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives

d'entreprises : Rev. proc. coll. 2009.

Caillé (C.)

- Responsabilité du fait des produits défectueux, Répertoire de droit civil, janvier 2008.

Cavallini (J.)

- Le juge de référé et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis, Rev. soc. 1998.

Cerati-Gauthier (A.)

- La liquidation judiciaire se mérite-t-elle ? JCP E, sept. 2012.

Champaud (C.)

- Groupe de sociétés. ISF. Notion de holding animatrice. RTD Com. 2007.
- Responsabilité de la société mère aux dettes de sa filiale, RTD com 2008.
- Société commerciale par la forme. Immatriculation au RCS, opposabilité du statut commercial au propriétaire d'un local d'exploitation d'un établissement secondaire, RTD. Com. 1992.

Chenut (Ch.)

- Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, ou les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères. Rév. soc. 2003.

Contin (R.)

- L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, D. 1968. Chron. 45.
- Conventions réglementées. Rép de soc, sepT. 2002 n°108.

Martin (G-J.)

- Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II »), rév. Soc. 2011, p.25.

Coursier (P.)

- Rapatriement d'un salarié envoyé à l'étranger : peu importe le mode de rupture avec la filiale étrangère. JCP S, fev. 2009.

Cozian (M.)

- L'action directe, LGDJ, bibl. de droit privé 1969, préface A. Ponsard ; C. Jamin, la notion d'action directe, LGDJ, bibl. de droit privé, préface J. Ghestin ; G. Viney, traité de droit civil, introduction à la responsabilité, LGDJ, 3^{ème} éd. 2007, n°189, p.515.

Cuif (P-F.)

- Le conflit d'intérêts, RTD Com. 2005.

Daigre

- Métais, Tandeau et Marsac, clauses d'exclusion dans les sociétés anonymes non cotées, in Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire, n° 43, janv.-févr. 1999.

Dammann (R.) et Podeur (G.)

- Les groupes de sociétés face aux procédures collectives, rev. Lamy droit des affaires, 2007.

Danglehant (C.)

- Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe de l'équité, Rev. soc. 1996.

Dedessus-Le-Moustier (N.)

- La responsabilité du dirigeant de fait, rev. soc. 1997.

Delebecque (Ph.)

- Groupe de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilité des membres du groupe, Rev. proc. coll. 1998.

Delmotte (Ph.)

- Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, RJDA, 6/2006, p.540.

Delsaux (A.)

- Grenelle 2 et gouvernement des entreprises, JurisClasseur, Environnement n° 10, octobre 2010, étude 24.

Derouin (Ph.)

- Les fusions triangulaires de sociétés : Bull. Joly. 2008.

Desparats (I.)

- La notion d'unité économique et sociale en droit du travail, *in* Mélanges Despax, Presses de l'Université de Sciences sociales, Toulouse, 2002

Dom (J-P.)

- Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001, revue des sociétés 2001.

Dondero (B.)

- Le nouveau régime des conventions courantes : un retour en arrière bienvenu ? JCP E 2011, 1453.

Dubertret (M.)

- *L'intuitus personae* dans les fusions, Rev. soc. 2006.

Durand-Lépine (G.)

- L'abus de minorité et le jugement valant acte, Rev. soc. 1993.

El-Hatab (J.)

- La prise en charge financière de la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ? Rév soc 2008.

Fabre (A.)

- Contre qui le salarié peut-il agir en cas d'obstacle au transfert conventionnel de son contrat de travail ? Revue de Droit du travail 2010.
- Retour sur le contrôle du motif économique de licenciement, Soc. 20 juin 2007,

pourvois n° 06-41.437, 06-41.438 et 05-45.924, inédits, revue de droit du travail, 2007.

Feugère

- **Sanctions** commerciales et droits de la défense – Le contrôle vigilant de la Cour de cassation, Revue Lamy Droit des Affaires - 2010 46, Actualités Cass. com. 1er déc. 2009, n° 08-17.187.

Fin-Langer (L.)

- L'obligation de reclassement à l'étranger, revue des procédures collectives, 1^{er} janvier 2007, étude 3, n°16.

Foy (R.)

- Attribution gratuite des actions, répertoire de droit des sociétés, sep. 2008.

Freyria (Ch.), et Clara (J.)

- de l'abus de biens sociaux et de crédit en groupe de sociétés, J.C.P. Éd E 1993, 1.247, n°1 et s.

Gaëtane (D-L.)

- L'abus de minorité et le jugement valant acte. Rév. soc. 1993.

Garçon (J-P.)

- La transmission du contrat de franc Bull. Joly. 2008, p.905.

Gaudin (L.)

- La novation en Droit du travail, une notion en quête d'utilité ? Revue de Droit du travail, 2008.

Gea (F.)

- Groupe de sociétés et responsabilité, revue de droit du travail, 2010.
- La cessation d'activité d'une filiale : quel contrôle de licenciement ? Rev. dr. trav. 2011.

Germain (M.)

- Groupe de sociétés, Rép. Sociétés, Dalloz, octobre 1997.

Ghestin (J.), Billiau (M.) et Loiseau (G.)

- Le régime des créances et des dettes, L.G.D.J, 2005.

Gibirial (D.)

- Groupe de sociétés.-présentation, JurisClasseur Commercial, Cote 01, 2006.
- La société caution, Rev. soc. 2011.
- Société. – dispositions générales. – nullité de société, d'actes ou de délibérations, JurisClasseur Civil Code, art. 1832 à 1844-17, Cote : 11,2006.

Godon (L.)

- Le recul de l'administrateur provisoire de groupe, Rev. soc. 2008.

Goudet (R-B.)

- La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers. A propos de l'arrêt rendu par la Cour d'Aix, le 20 septembre 2000, Recueil Dalloz 2002.

Granier (T.)

- Règles de compétence propres aux sociétés et à leurs succursales, agence ou établissements posées par les conventions de Bruxelles et de Lugano, répertoire du droit des sociétés, sept. 1999.

Grelon (B) et Dessus-Larrivé (C.)

- La confusion des patrimoines au sein d'un groupe, revue des sociétés, 2006.

Grimonprez (B.)

- Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, revue des sociétés, 28/01/2010.

Guéguen (O) et Marguet (I.)

- Quel risque pour l'actionnaire *deep pocket* face aux difficultés financières de la

filiale ? Un article publié sur internet : http://www.dechert.com/library/102-chro_dechert.pdf

Guerent-Hahn (B.)

- La gestion des groupes de sociétés après les jurisprudences « co-emploi », journal des sociétés, n°96 mars 2012.

Guéry (G.) et alter

- Droit de l'entreprise, Lamy 2009-2010.

Guyon (Y.)

- Exercice individuel de l'action paulienne en cas de procédure collective, JCP E, n° 6, 6 Février 1997.
- La société mère n'est pas, en principe, tenue des dettes de sa filiale, Revue des sociétés 1990.
- Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (présentation générale), Rév. société 2001.
- L'inapplicabilité de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 aux conventions conclues à des conditions normales, Rév. soc. 1996.

Hallouin (J-C.) et L. Lamazerolles

- Sociétés et groupements, septembre 2007, août 2008, recueil Dalloz 2009.

Hallouin (J-C.)

- Conditions de validité d'une convention de trésorerie : une notion de «groupe», Rec Dalloz 2004.

Hannoun (Ch.)

- La responsabilité environnementale des sociétés mères, Environnement, n°6.juin 2009.
- Le droit et les groupes de sociétés, L.G.D.J, éd. 1991.
- L'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe matériellement intégré, Bull. Joly Sociétés 1991.

Houin (R)

- Les incapacités de défiance : RTD com. 1947, p. 137 : «il ne semblait y avoir d'autre sanction qu'une éventuelle action en responsabilité civile exercée à l'encontre des fondateurs et des premiers organes de la société

Hovasse (H.)

- Droit de vote et liberté statutaire dans la SAS, Droit des sociétés n° 12, Décembre 2007, comm. 219.

Iradot (T-X.)

- Notion de succursale, d'agence et de transaction immobilière, JCP E.

Jacotot (D.)

- Le licenciement des salariés d'une composante d'un groupe en liquidation judiciaire : entre droit du travail et droit civil ! Rev. proc. coll. n° 3, mai 2012.

Jazottes (G.) et Sénéchal (M.)

- L'ouverture d'une faillite européenne, rev. proc. Coll. Avr.-mai-juin 2008, dossier 4, p.90.

Kibalo-Adom (J.)

- L'obligation de reclassement et les groupes de dimension internationale, recueil Dalloz 1999.

Krenzer (A.)

- Présomption de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales en droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles, Rev. Lamy de la concurrence, 2008.

Lagarde

- Mondialisation, restructurations et jurisprudence sociale : JCP G 2001, I, 371, n° 5.

Lamour (M-P.)

- La responsabilité personnelle des associés, Rec. Dalloz. n°2 2003 p.50

Laurent (G.)

- Un associé insolite : le nu-proprétaire de droits sociaux, Rev. soc. 2010 p.143.

Le Cannu (P.)

- Conditions de l'extension d'une procédure collective à l'égard des sociétés d'un même groupe, Cour de cassation (Com.), 5 avril 1994, Jeandet c/ Me Lafont, rev. soc. 1994, p318
- La nullité partielle d'une convention réglementée. RTD com, p. 765.
- L'encadrement de certains éléments de rémunération, indemnités et avantages accordés aux dirigeants, RTD Com. 2005.
- Les brumes de l'article 225-35 du Code de commerce, attributions générale du conseil d'administration de la société anonyme. Rev. Soc. 2010, p17.
- Lucheux (J-M), Pitron (M) et Sénéchal, Entreprise en difficulté, G.L.N Joly, 1994, n°288.
- Nouvel élément dans la définition du contrôle par l'article L. 233-3 du Code de commerce, RTD Com. 2005.
- Obligations remboursables en actions, les enseignements de l'arrêt Métrologie International, Bull. Joly Bourse 1995.
- Sociétés cotées, franchissement de seuils, fusion, action de concert, Bull. Joly, juin 2008, n°6, p492.

Le Corre (P-M.)

- Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz action, 2009-2010, n°213.44, p.264.
- Le sort des créances en cas d'extension d'une procédure collective, Recueil Dalloz 2002 p. 1122.

Le Nabasque (H.)

- Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires, Dr. sociétés, Actes pratiques, n° 5 - 1992, § 47, p. 10.
- Les programmes du rachat d'actions des sociétés non cotées (après la loi de finances rectificative pour 2012), rev. soc. 2012, p.271.

Lecourt (B.)

- Administrateur provisoire, Rép. Dr. soc. oct. 2010 (dernière mise à jour : juin 2012), n°38.
- La gratuité et le droit des affaires, RTD Com. 2012, p.455
- L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? rév. soc.2004, n°71, p.223.

Legros (J-P.)

- Action en comblement de passif : dirigeant ayant cessé ses fonctions, dr. soc. n°1, janv. 2011, comm. 16.
- Critère de la fictivité d'une société et appréciation de la conformité avec le droit communautaire, la semaine juridique Entreprise et Affaire. n°42, 17 octobre 2002, p1510.
- Critère et nullité d'une convention réglementée, dr. soc. n°2, fév. 2008, comm. 29.
- Déclaration de créances, dr. soc. n° 7, juillet 2002, comm. 133.
- Du risque d'invoquer plusieurs cas de faillite personnelle : Dr. sociétés 2010, repère 3.
- Faute de gestion, dr. soc. n°12, déc. 2010, comm. 233.
- La nullité des décisions de sociétés, Rev. soc. 1991.
- Limite à l'extension de procédures, dr. soc. n°5, mai 2002, comm. 92.
- Liquidation judiciaire, dr. soc. n°11, nov. 2012, comm. 189.
- Mesures conservatoires et responsabilité du dirigeant, droit des sociétés, 5, mai 2012, comm.
- Présentation de la loi du 12 mars 2012, domaine d'application de la loi nouvelle, rev. soc. mai 2012, °85 à 88.
- Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté, sous la direction de Ph. Roussel Galle, LexisNexis, 2012, Dr. 360°, n°1714 et s. p. 772.
- Transposition des mesures conservatoires de l'article L. 651-4 aux extensions de procédures, nouvelle rédaction de l'article L. 622-2, JurisClasseur : sociétés traité, fascicule 41-30. comm. 89
- Unicité de procédure, confusion des patrimoines ou fictivité, dr. soc. n° 2, fév. 2005, comm. 28

Lhussier (Ch.)

- Le rôle de l'intérêt du groupe de sociétés dans le droit positif des groupes.

Likillimba (G-A.)

- Le préjudice individuel ou collectif en droit des groupements, 16 mars 2009, RTD Com. 2009, p.1.

Lucas (F.-X.)

- Développement durable et droit des sociétés : Bull. Joly 2008, p. 267.
- Le principe du contradictoire en droit des sociétés, in Libertés et droits fondamentaux, dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, 15^e éd. Dalloz, 2009, n° 945, p. 719.
- Les filiales en difficulté, LPA 2001, n° 89, p. 66.

Lucas (F.-X.), Michel (P.) et Le Corre (P-M.)

- Redressement et liquidation judiciaires, Recueil Dalloz 2005 p. 2011.

Lucheux (J-M), Pitron (M) et Sénéchal,

- Entreprise en difficulté, G.L.N Joly, 1994, n°288.

Malecki (C.)

- Les dirigeants des filiales, rev. Soc. 2000 p.453

Martin-Serf (A.)

- Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, conditions de fond, personne morale, JurisClasseur, 15 sept. 2006, n° 72.

Monnet (J.)

- Sociétés anonymes, conseil d'administration, pouvoirs du président, fonctionnement et pouvoirs du conseil, responsabilité des membres du conseil, JurisClasseur commercial, 15 déc. 2009

Montéran (T.)

- Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité (article 227, II, de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010), Recueil Dalloz 2010 p.

Morvan (P.)

- L'étrange action en justice Flodor. - Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté? JCP S, n°44, 27 octobre 2009, 1489.
- Périmètre de l'obligation de réintégration après l'annulation d'un licenciement pour absence ou insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, La semaine juridique entreprise et affaire, n°18, 4 mai 2006, p.1735

Multion (A-L.)

- Transfert des personnels en cas de reprise en gestion directe d'un service public administratif, juris-classeur, 9 octobre 2009

Obadia (E.) et Sexer (Y.)

- La responsabilité des dirigeants sociaux et l'article 180 de la loi 25 janvier 1985, Bull. Joly 1994, n°175, p.617.
- Sociétés cotées, franchissement de seuils, fusion, action de concert, Bull. Joly, juin 2008, n°6, p492.

Ohl (D.)

- Le contrôle dans tous ses états : l'auto-contrôle, le contrôle conjoint et le contrôle unitaire, Recueil Dalloz 2010 p. 2038.

Paclot (Y.)

- Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées, Recueil Dalloz 2007.

Paillusseau (J.)

- La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote. Rec. Dalloz, 2008 p1563
- Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP E1984, II, n°14193.

Pariente (M.)

- Le groupe de sociétés et la loi de 1966, Rev. soc. 1996 p. 465
- Les actionnaires des sociétés liées du groupe, Rev soc, 1999.

Pasqualini (F.)

- Les conventions extrastatutaires, outils de modulation de la rémunération des associés, Rev. soc. 2010 p.79.

Pélissier (J.)

- Droit du travail, 23e éd. Dalloz, 2006, n°609, p.720.

Poracchia (D.) et Merland (L.)

- Groupe de sociétés – filiale – immixtion par la société mère, Critère, Droit et patrimoine, 2004, p.126
- LBO (Acquisition avec effet de levier), rev. soc. Janv. 2005, n°63.
- Le dirigeant de fait personne morale par l'intermédiaire d'une personne physique administrateur à titre personnel, Rev. Soc 2006, p900.

Raja (K.) et Marie-Capucine (V.)

- La condamnation d'un dirigeant aux dettes sociales est-elle une sanction? Séminaire de droit des procédures collectives – 11/01/05, p.6 et s.

Randoux (D.)

- La fusion-absorption ne confère pas d'avantage particulier à la société absorbante, actionnaire majoritaire de la société absorbée, Rév soc 1994

Raynaud (B.)

- La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions, J.C.P. n° 9, 6 mars 2003.

Remy (P.), Feuerborn (A.) et Rönnmar (M.)

- L'impact de la directive 2008/104 relative au travail intérimaire sur les droits nationaux, revue de droit du travail 2010, p.5.

Rives-Lange (J-l.)

- L'abus du droit de majorité, Rev. jur. Com. n° spec. nov. 1991.

Robine (D.) et Marotte (J.)

- L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés, Revue des sociétés 2006 p. 897.

Rolland (B.)

- Les nouvelles mesures conservatoires dans les procédures collectives, Rev. proc. coll. n°6, juin 2012, alerte 24

Roman (B.)

- La caution et l'action paulienne : la délicate alliance des règles de fond et de procédure, Recueil Dalloz, 2003, P.2156.

Rousseau (S.)

- L'intérêt social en droit des sociétés, Rev. soc. 2009, p 735 et s.

Roussel Galle (Ph.)

- La loi Petroplus : quelques réflexions avec un peu de recul, Rev. proc. coll. n°3, mai 2012, étude 16, n°6 et s.
- Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ?, Rev. proc. coll. n°3, mai 2012, dossier 17.

Sabell (U-P.)

- Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires, Rev soc 2003p. 669.

Saintournes (B.)

- Difficultés de répartition des pouvoirs entre le conseil d'administration et le directeur général de la société anonyme après la loi NRE du 15 mai 2001. Rev. soc. 2003, p134.

Schmidt (D.)

- Actualité du droit des sociétés : synthèse 2007-2008, Dalloz actualité 28 avril 2008.

- De l'intérêt social, RD banc. Fin. 1995.

Soinne (B.)

- La responsabilité des dirigeants d'une personne morale en cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire : une évolution préoccupante : LPA 2 août 1995, p. 10.

Sortais (J-P.)

- Abus de droit (majorité, minorité, égalité), Rép. Dr. soc. mars 2003 (dernière mise à jour : janvier 2012), n°23

Stulz (V.)

- Mise à disposition internationale de salariés, travail et protection sociale n°3, mars 2005, Étude 4 Cass. soc. 10 février 2010, n° 08-42.860

Theron (J.)

- De la « communauté d'intérêt », R.T.D. Civ. 2009, p.9.

Tricot (D.)

- La confusion des patrimoines et la procédure collective, Rapport Cour de cassation 1997, la documentation française 1998, p. 165 et s.

Urbain-Parleani (I.)

- Abus de majorité - Interposition d'une société en commandite entre une société mère et la société filiale - Apport d'une participation détenue par la société mère à la société en commandite par actions - Préjudice personnel de l'associé minoritaire (non). Rev. soc. 2007
- Société civile (administrateur provisoire – pouvoir – révocation du gérant, (non) dissolution de la société, Rév. soc. 2009, p.669)

Vatinet (R.)

- Les conventions réglementées. Rév. soc 2001 p561

Vidal (D.)

- Droit des sociétés, 6^{ème} éd. 2008, L.G.D.J, Lextenso édition.

Waquet (P.)

- Application volontaire de l'article L.122-12 du Code du travail, revue de Droit du travail 2006, p391.
- Transfert conventionnel du personnel et représentants des salariés, revue de Droit du travail, 2008, p176.

Weil (K-G.)

- Responsabilité de la société-mère vis-à-vis d'une SARL filiale, Rev. soc. 1993, p.767.

Wilhelm (P.) et Viver (F.)

- La notion de concentration en droit interne et communautaire : Tentative de définition, Rev. juris. n° 11, nov. 2007.

4- Notes et observations :**Albortchire (A.)**

- Note sous Cass. com. 23 oct. 2007, n° 06-16.537, D'Hem c/ Lacquay, FS-P+B+R+I, LPA, n° 16, 22 janv. 2008.

Alfandari (E.) et Jeantin (M.)

- Obs sous Cass. civ.1, 26 nov. 1991, n° 88-20.094. P-F, Savart c/ Bianchini: JurisData n° 1991-003022, RTD com. 1993, n° 2, p. 117.

Auzero (G.)

- Les clauses de « mobilité » intragroupes condamnées.
- Note sous Versailles, 5^{ème} ch. B sociale 9 nov. 2000, Puret-Denia c/ SAS Asahi Diamond Industrial Europe : Bull. Joly 2001 § 41.
- note sous cassation sociale 23 septembre 2009, pourvoi n°07-44.200. revue de Droit du travail 2009 p647.

Barbièri (J-F.)

- A propos de la nullité d'une convention d'indemnisation non autorisée, note sous cassation, 29 nov. 2006. Rev. soc 2007, p. 549.
- Note sous cass. 20 mai 2003, Rev. soc. 2003, p.479.
- Note sous Cass. crim. 5 mai 1997, Bull. Joly 2001, p. 1117.

Bastian (D)

- Note sous Cass. Com. 14 mars 1950. s. 1950.1. 147, JCP 1950. 2. 5694
- Note sous Cass. civ. 4 juin 1946, JCP. éd. 1947, 11.3518, note, Syrie 1947.

Benoît-Renaudin (C.)

- Note sous Cass. com. 28 sept. 2010, JCP E 2010, 1177.

Berttrel (C.)

- Obs. sous Cass. com. 21 avril 1997, société contact sécurité, SARL, c. société Delattre-Levivier, Dr. & patrimoine. Avr. 1997, p. 96, n° 1636.

Bolze (C.)

- Note sous Cass. com. 5 février 1991, Rev. sociétés 1991, p. 545

Bonneau (Th.)

- Note sous Versailles, 17 nov. 1994, bull. Joly Bourse 1995, p.42.
- Obs. sous Cass. civ.1, 26 nov. 1991, n° 88-20.094. P-F, Savart c/ Bianchini : JurisData n° 1991-003022, Dr. sociétés 1992, comm. 4.

Bouloc (B.)

- Comptes infidèles, informations fausses, informations privilégiées et action civile, note sous cassation (crim.), 29 novembre 2000, Rev. soc. 2001, p.380.
- Note sous Cass. Crim, 22 oct. 1990, Rév. soc. 1991, p.125
- Note sous Cass. crim. 14 oct. 1991, Rev. Soc. 1992, p.782.
- Note sous Cass. Crim. 29 nov. 2000, revue de sociétés 2000, p.380.
- Note sous Cass. Crim. 10 avr. 2002, D. 2002, AJ p.2408 ; Rev. Soc 2002, p. 549.
- Note sous Cass. Crim. 30 mai 1996, Bull. civil. IV, n°224, R.J.D.A. 1996, n°8/9 p.728.

Bouru (B.) et Menjucq (M.)

- Note sous Cass. Com. 19 avr. 2005, n° 05-10.094, Facques c/ Theetten: JurisData n° 2005-028189, JCP G 2005, II, 10088.

Brabry

- Note sous Cass. civ. 4 juin 1946, JCP. éd. 1947, 11.3518

Bureau (D)

- Cass. com. 23 oct 2007, n° 06-16.537, D'Hem c/ Lacquay, FS-P+B+R+I : Bull. civ. 2007, IV, n° 225, p 259: JurisData n° 2007-041010, JCP G 2007, II, 10197.
- Note sous Cass. com. 12 mars 1996. Rev. soc. 1996 p. 554.
- Note sous Aix-en-Provence, 12 févr. 2009, Rev. crit. DIP 2009. 766.

Cabrillac (M.)

- Note sous Cass. com. 7 déc. 2004, D. 2005, AJ p. 77, RTD com. 2005, p. 155.
- Obs. sous Cass. com. 7 mars 2006, n° 04-16.536, JCP E 2006, 2331, n° 14.

Cabrillac (M.) et. Pétel (Ph.)

- Obs. sous Cass. com. 28 févr. 1995, JCP E 1995, I 487, n° 15.

Cagnoli (P.)

- Obs. sous Cass. com. 22 nov. 2011, n°10-25.096, FS-P+B, Rev. proc. coll. 2012, comm. 5.

Calendini (J-M.)

- Obs. sous Besançon, 7 juin 1996, RPC 1997, P.161, n°I.

Camensi-Feuillard (L.)

- Note sous Cass. com. 15 déc. 2009, n° 08-21.906, FS-P+B+R+I, Debono c/ Canet: JurisData n° 2009-050876, Bull. Joly Sociétés 2010, [§ 75], p. 364.

Caussain (J-J.), Deboissy (F-I.) et Wicker (G.)

- Obs. sous Cass. 20 mai 2003, JCP E 2003, 1203, n°2.

- Obs. sous Cass. com. 30 nov. 2004, RJDA 2005/3, n° 263, p 220 ; JCP E 2005, chron. 131, n ° 3.
- Obs. sous Cass. com. 7 mars 2006, n° 04-16.536, Bull. civ. 2006, IV, n° 61, p. 62, JCP G 2006, I, 368 et JCP E 2006, 2035, n° 2.

Cerati-Gautier

- Note sous Cass. Com. 5 mai 2009 : JCP E 2009, 1659.

Champaud (C.)

- Groupe de sociétés, session de contrôle, note sur cassation, Rev. soc. 2008, n°32 p.28

Chaput (Y.)

- Note sous Cass. com. 22 juill. 1986, n° 85-13.776: Bull. civ. 1986, IV, n° 172 ; JCP E 1987, II, 14948.
- Société holding, conformité à l'objet social de la cession du portefeuille, note sur cassation, revue des sociétés 2009 p.90.

Choley-Combe (J-Y)

- Note sous cassation. com. 6 juin 1990, D. 1992. Rev. soc. 1990, p.607.

Chartier (Y.)

- Note sous cass. 5 février 1991, D. 1992, p. 27.
- Note sous Cass. com. 6 juin 1990, SARL Huber et Cie c/ Lamps : Bull. civ. IV n° 171, Rev. sociétés 1990 p. 606
- Sanctions de l'affectation systématique, à la demande des associés majoritaires, des bénéfices d'une société aux réserves, affectation ne répondant ni à l'objet ni aux intérêts de celle-ci. Note sous cassation (ch. Com), 6 juin 1990. Rev. Soc. 1990, p.606.
- Sanctions de l'affectation systématique, à la demande des associés majoritaires, des bénéfices d'une société aux réserves, affectation ne répondant ni à l'objet ni aux intérêts de celle-ci. note sous cassation, Rev. soc. 1990, p.606.

Conac (Ph.)

- Le président d'administration d'une société anonyme ne peut exercer les fonctions de directeur général délégué, note sous Lyon 3^{ème} ch. 25 sept. 2003, Rev. Soc. 2004, n°16, p.881.

Contin (R.)

- L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, D. 1968. Chron. 45. Note sous Paris 22 mai 1965, D. 1968. 147.

Coquelet (M-L.)

- Note sous Paris, pôle 5, ch. 9, 19 mai 2011, n° 10/08992, Urssaf de Paris-région parisienne c/ SARL SCILI, Bull. Joly Sociétés 2011, [§ 445], p. 914.

Cordonier

- Note sous Cass. civ. 6 mars 1936 : DH 1935. 265 ; journ. société 1936.

Couret (A.)

- La cessation d'activité d'une filiale, le droit des sociétés à l'épreuve du droit social, note sous cassation (soc) 18 janv. 2011 et 1e fév. 2011, Rev. soc. 2011, p154.
- La compétence de la direction pour décider de l'exclusion d'un associé, note sous cassation, (com), 20 mars 2012, rev. soc. 2012, p.435.
- Note sous Cass. com. 23 mai 2000, n° 97-21.080: Bull. civ. 2000, IV, n° 108, p. 97; Bull. Joly societies 2000, 188, p. 789.

Couturier (G.)

- Obs. sous Cass. soc. 31 janv. 2001: Juris-Data n° 2001-008109; Dr. soc. 2001, p. 565.

Crocq (P.)

- Obs. sous Cass. ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, AJ p. 3270

Daigre (J-J)

- Note sous CA Paris, 3^{ème} ch. B, 26 mars 1986, Rev. jur. com. 1986
- Note sous Cass. 9 fév. 1999, Bull. Joly Sociétés 1999, p. 566.

- Note sous Cass. com. 4 janv. 1994, Bull. Joly Sociétés 1994, p. 249.
- Note sous Cass. com. 8 déc. 1997, Bull. Joly Sociétés 1998, p. 472, § 162.
- Note sous Cass. com. 11 avr. 1995 : Bull. Joly 1995, p. 684.
- Note sous Cass. com. 21 avril 1997. société contact sécurité, SARL, c. société Delattre-Levivier : Bull. civ. IV. JCP éd. E, 1997, II, 965.
- Note sous Paris, 13 janv. 1998, Bull. Joly Sociétés 1998, p. 321.
- Note sous Rouen, 20 oct. 1983, Rev. sociétés 1984.
- Note sous Versailles 13^{ème} ch. 22 juin 2000 : Bull. Joly Sociétés 2000, p. 1051, [§260].
- Obs. sous Cass. com. 1er oct. 1997: RJDA 3/1998, n° 311, p. 219; D. aff. 1997, p. 1222; Bull. Joly 1997, [§ 392] , p. 1087.

Dalsace

- Note sous Douai, 24 mai 1962, D. 1962, 688, JCP 1962. 2. 1271.

Delebecque (Ph.)

- Note sous cass. 5 fév. 1991, Bull. Joly Sociétés 1991, p. 391, § 125.

Delleci (J.-M.)

Obs. sous Cass. Ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, AJ p. 3270, RD bancaire et fin. 2003, n° 37.

Derrida (F.)

- Note sous Cass. com. 28 févr. 1995, D. 1995, jurispr. p. 390.
- Note sous Paris, 12 mai 1987, D. 1989, som. com. p. 5.

Didier (P)

- La nature juridique des obligations remboursables en actions et les droits des porteurs d'ORA, note sous cassation (C.cass, com. 13 juin 1995). Rév soc 1995.
- Obs. sous Paris 3^e ch. A, 2 févr. 1988 et Aix-en-Provence, 8^e ch. 10 mars 1987, Rev. proc. coll. 1988, p. 347.
- Obs. sous Poitiers 9 déc. 1987, Rev. proc. coll. 1988, p. 346.

Dinthillac

- Note. Sous Cass. Crim. 30 mai 1996, Bull. civil. IV, n°224, R.J.D.A. 1996, n°8/9 p.728.

Dom (J-P.)

- La perte de confiance dans le salarié de la société mère justifie sa révocation en tant que directeur général de la filiale, Note sous Cour de cassation (com.) 12 juin 2007, Bel c/ Sté CEBTP. Rev. soc. 2008, p.124.

Dondero (B.)

- Faute séparable des fonctions : culpa lata dolo non aequiparatur ? Note sous Cour de cassation (com.) 31 janvier 2012, F-D, n° 11-14.154, Prez c/ Amaro Figueiredo, rev. Soc. 2012, p.408.
- L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociales, Note sous Cour de cassation (com.) 28 septembre 2010, FS-P+B+R+I, n° 09-66.255, Douin c/ Jarosz, Rev. soc. 2011, p. 97.
- Note sous Cass. com. 8 fév. 2011, JCP E 2011. 1151.
- Note sous Cass. com. RJDA 8-9/2003, n°842, p.747, D. 2003. Jur. 2623.
- Note sous Cass. Com. 20 mai 2003:2003, p.2623.

Duboeuf-Hild

- Note sous Paris 13 mars 1998 : JCP G, 99 II, 10072 ; JCP E 99, 821.

Durry (G.)

- Obs. sous Cass. soc. 9 avr. 1975, Bull. civ. V. n° 174, RTD civ. 1976. 137.

Esmein (P.)

- Req. 24 janv. 1934. Journ. Sociétés 1935. 545 ; S. 1935.1.17.

Fraimout (J-J.)

- Note sous Versailles, ch. com. 15 juin 2006, no RG : 05/05371, Yvon X c/ SAS 9 Telecom, Rev. proc. coll. 2006, p. 225.

François (J.)

- Note sous Cass. Com. 3 juin 1997, D. 1998, p.61

Galle (P-R.)

- Les administrateurs n'échappent pas à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, même après la loi NRE ! - 07/09/2011. note sous Cass. Com. 31 mai 2011, n° 09-13.975, 09-14.026, 09-16.522, 09-67.661, publié au bulletin, Rev. Soc. 2011 p. 521.

Gallet (Ch.)

- Note sous Paris, 3^{ème} ch. B, 20 mars 1986, Rev. Jur. com. 1986, p. 294, n° 1138.

Gallois-Cochet (D.)

- Obs sous Cass. com. 8 nov. 2011, n° 10-24.438.

Gautie (P-Y.)

- Obs. sous Cass. civ.1, 26 nov. 1991, n° 88-20.094. P-F, Savart c/ Bianchini : JurisData n° 1991-003022, RTD civ. 1992, n° 5, p. 583.

Gavalda (Ch.)

- Note sous Paris 1^{er} déc. 1992, Dalloz 1993, p.310.

Germain (M.)

- Note sous Cass. civ. 7 avr. 1987 : JCP, éd. E, 1988.II.15133

Gibrila (D.)

- Note sous Cass. com. 23 oct 2007, n° 06-16.537, D'Hem c/ Lacquay, FS-P+B+R+I, Déf. 2008, art. 38738, p 674.
- Obs. sous Cass. Com. 2 nov. 2005, n° 04-16.232: JurisData n° 2005-030542, art. 38407, p. 927, obs.

Godon (L.)

- Affirmation de la faute personnelle de l'associé, distincte de la faute de l'organe social dont il est membre. Précisions quant au critère de la faute personnelle et quant au fondement juridique de la condamnation, Note sous Cour de cassation (com.) 22 nov. 2005 (2 arrêts).

- Note sous CA de Paris, 1^e ch. sect. B. 1^{er} juin 2007. note sous paris, Rev. soc. 2008 p.96.
- Note sous cassation, com. 1998, 185. Rev. jurisp???
- Note sous Paris, 18 déc. 1991, RJ com.1991.35.
- Note sous Paris. 4 juin 2003, Bull. Joly 2003, p. 1315.

Gourlay (G.)

- Note sous Cass. com. 21 juill. 1974, D. 1976.207.

Guyon (Y.)

- Conception stricte de la confusion des patrimoines, cause d'extension d'une procédure collective, note sous cassation (com), 10 décembre 2002, revue des sociétés 2003, p.151.
- Conditions de l'extension d'une procédure collective à l'égard des sociétés d'un même groupe, note sous cassation (com), 5 avril 1994, Rev. Soc. 1994, p.318.
- Note sous Cass. com. 6 mai 1991, Rev. sociétés 1991, p. 760.
- Note sous Cass. Com. 8 mars et 4 mai 1982, rev. soc. 1983, p. 573.
- Note sous cass. com. 9 fév. 1999, JCP E 1999, p. 724.
- Obs. sous Cass. com. 3 nov. 1988, Rev. sociétés 1989.289, Som.
- Obs. sous Cass. com. 17 fév. 1998, n° 95-18.510, Rev. soc. 1998, p. 580.
- Obs. sous Paris 3^e ch. B, 20 mars 1986, Rev. sociétés 1987.98, Som.

Hadji-Atinian

- Note sous Cass. com. RJDA 8-9/2003, n°842, p.747, ibid. p.717, JCP E 2003, p. 1398, note Hadji-Atinian.

Hallouin (J-C.)

- Note sous CA. Versailles, 2 avril 2002, D. 2002, som. com. p.3266.

Henry (L-C.)

- Note sous CJUE, 1^e ch. 15 déc. 2011, aff. C-191/10, Rastelli Davide e C. Snc c/ J.- C. H, Bull. Joly Entreprises en difficulté, 2012, [§ 53], p 117.

Honorat (A.)

- L'extension d'une procédure de redressement judiciaire à une société fictive franchiseur de la marque exploitée par les sociétés en redressement judiciaire. Note sous cass. 08 nov. 1988, rév. soc. 1990, p71.
- Note sous Paris, 15 fév.1988. Rev. Soc. 1988, p436. L'extension d'une procédure de redressement judiciaire à une société fictive franchiseur de la marque exploitée par les sociétés en redressement judiciaire. Note sous cass. 08 nov. 1988, rév. soc. 1990, p71.
- Note sous Versailles 16 déc. 1987, Rev. sociétés 1987.434, obs. sous Versailles 16 déc. 1987, D. 1988, Som. Com. 383

Houin (A.)

- Obs. Sous Cass. com. 23 févr. 1954, RTD com. 1954.394; 29 oct. 1957, Bull. Civ. III, n°286, RTD com. 1958.156; 10 et 11 mai 1960, Bull. Civ. III, n° 166 et 175, RTD com.1961.141.

Houtcieff (D.)

- Note sous Cass. ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, AJ p. 3270, JCP 2003, II, 10033.

Hovasse (H.)

- Obs. sous Cass. com. 23 oct 2007, n° 06-16.537, D'Hem c/ Lacquay, FS-P+B+R+I : Bull. civ. 2007, IV, n° 225, p 259 : JurisData n° 2007-041010 ; Drsociétés 2007, comm. n° 116.
- Obs. sous Cass. com. 8 nov. 2011, n° 10-24.438 ; Dr. sociétés 2012, comm. n° 6.

Jeantin (M.)

- Note sous cass. Com. 24 janv. 1995. rev de soc 1995, 46.

Jourdain

- Note sous CJUE, 17 juin 1992, JCP E 1994II.363.
- Obs. sous Cass. Com. 8 mars et 4 mai 1982, RTD Civ. 1989, p.86.
- Obs. sous Cass. crim. 14 déc. 1999, Consorts Mitterand, Bull. Joly 2000, p.736, JCP 2000, 2, 10241, concl. Petit, RTD Civ. 2000, 342.

Keller (M.)

- La confusion des patrimoines, entre constance et nuance, note sous cassation, (com), 26 mai 2010, F-D, n°09-66.615. Rev. Soc. 2011.
- Note sous Cass. soc. 5 avr. 1995 (2 arrêts), Semaine soc. Lamy, n° 740, rapp. B. Boubli ; D. 1995, Jur. p. 503,

Kuntz (J-E.) et Nurit (V.)

- Note sous CJUE, 1^{er} ch. 15 déc. 2011, aff. C-191/10, Rastelli Davide e C. Snc c/ J.- C. H, Bull. Joly Sociétés 2012, [§ 138], p 240.

Lamazerolles (E.)

- Obs. sous cass. com. 8 févr. 2011, n° 10-11.896, D. 2011, pan p 2766.

Laprade (F-M.)

- L'autocontrôle conjoint : une idée neuve qu'il faut encore creuser. Note sous cassation (com.) 29 juin 2010, FS-P+B, n° 09-16.112, Lignac c/ Sté Groupe Hersant Média (GHM).

Laroche (M.)

- Note sous Cass. com. 20 mars 2012, F-P+B, n° 11-10.855, Maucollot c/ Sté Finamag, D. 2012. 1584.

Larroumet (C.)

- Note sous Cass. ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, AJ p. 3270.
- Note sous Cass. com. 7 déc. 2004, D. 2005, AJ p. 77.
- Note sous CJUE, 17 juin 1992, JCP 1992.II.21927

Lebel (C.)

- Obs. sous Cass. com. 5 avr. 2011, n° 10-16.496, F-D, Perpina c/ Chatel-Louroz, Rev. proc. coll. 2011/4, comm. 114.

Le Cannu (P)

- La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme, note sous Cass. com. 18 avr. 1989, Bull. Joly 1989, p. 479, § 174.

- L'article 1844 du Code civil et l'exclusion d'un associé de SAS. note sous cassation (com) 23 oct. 2007. Rév. soc 2007 p.814.
- Le contrôle d'une SAS par la mère d'une société minoritaire et par le cadre de celle-ci, note sous conseil d'État. 6 juillet 2007. Rev. soc. p.104
- Le contrôle d'une SAS par la mère d'une société minoritaire et par les cadres de celle-ci. Note sous conseil d'Etat. 6 juillet 2007. Revue des sociétés 2008.
- Le représentant légal de la société administrateur n'assume pas d'office ce rôle qui suppose une désignation expresse, obs. sous Cass. com. 3 oct. 2000, n° 96-15.514, F-D, JurisData n° 2000-006219, Bull. Joly Sociétés 2001, [§ 4], p 24.
- Note sous Cass. Com. 29 avr. 1998 : Bull. Joly. Société 1998, p.888.
- Note sous CA. Versailles, 20 juin 2006. Bull. Joly 2006.
- Note sous Cass. 21 avr. 1997, société contact sécurité, SARL, c. société Delattre-Levivier, BJS 1997, p. 312, § 125.
- Note sous Cass. com. 14 déc. 1993, Bull. Joly 1994, p189.
- Note sous Cass. com. 20 oct. 1998, Bull. Joly. Sociétés 1999, p.66 § 13.
- Note sous Cass. com. 4 nov. 1987, Rev. sociétés 1988.393.
- Note sous Cass. com. 16 juin 1998 : Bull. Joly Sociétés 1998, p.1083, § 331.
- Note sous Versailles 20 mai 1998 : Bull. Joly. Soc. 1998, p. 1159.
- Note sous, Cass. com. 27 janv. 1998 : Bull. Joly 1998, p. 535.
- nullité partielle d'une convention réglementée, note sous cassation (com.7 juillet 2004). RTD, com 2004 p. 765.
- Obs. sous Cass. com. 28 avril 1998 : Bull. Joly 1998, p. 808
- Obs. sous Cass. com. 19 mars 1996, n° 94-12.004, Bull. civ. 1996, IV, n° 91, p. 77 ; JurisData n° 1996-000989, Bull. Joly Sociétés 1996, [§180], p. 526.

Le cannu et Menjucq

- Note sous Versailles 27 fév. 1997 : Bull. Joly. Soc. 1997, p. 543.

Lecène-Marénaud

- Note sous Cass. com. 4 janvier 1994 (Rev. soc. 1994, p. 278.

Le corre (P-M.)

- Obs. sous Cass. Com. 2 nov. 2005, n° 04-16.232: JurisData n° 2005-030542, D. 2006, pan. p. 83.

Lecourt (B)

- Annulation d'une décision sociale de mise en réserve des bénéfices pour abus de majorité. Note sous cassation, (com), 1e juillet 2003. Rev. soc. 2004.
- Note sous cassation (com. 25 janvier 2005). Rev. soc. 2005, p.828.

Legeais (D.)

- Obs. sous Cass. Ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, AJ p. 3270, *RTD com.* 2003, p. 148.

Legrand (D.)

- Note sous Rouen, 20 oct. 1983, Rev. sociétés 1984, p. 764, 1985, jur. p. 161, note Daigre.

Legros (J-P.)

- Note sous Cass. com. 17 juill. 2001, Juris-Data n° 011040.
- Les mesures conservatoires destinées à assurer l'exécution d'une condamnation à combler le passif sont autonomes, dr. soc. n°11, nov. 2011, comm. 201, note sous Cass. com. 31 mai 2011, n° 10-18.472, FS-P+B, Spangberg c/ Société Gauthier-Sohm : JurisData n° 2011-010301.
- Note sous cass. com. 22 nov. 2011, n°10-25.096, FS-P+B : JurisData n° 2011-025884.
- Note sous cass. com. 5 avr. 2011, n°10-16.496.
- Note sous Paris, pôle 5, ch. 9, 19 mai 2011, n° 10/08992, Urssaf de Paris-région parisienne c/ SARL SCILI : JurisData n° 2011-009545 : BRDA 2011/17, info n° 2, p.2.
- Obs. Sous Cass. com, 19 avr. 2005, n° 05-10.094, Facques c/ Theetten : JurisData n° 2005-028189, Dr. sociétés 2005, comm. 133.
- Obs. sous Cass. com. 2 mai 2001, n° 98-14.146, F-D, JurisData n° 2001-009488 : Dr sociétés 2001, comm. n° 141
- Obs. sous Cass. com. 28 mars 2000, n° 97-17.834, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 604, [§ 134].
- Obs. sous cass. com. 3 oct. 2000, Dr. sociétés 2001, comm. n° 79.

- Obs. sous Dijon, Ch civ B, 24 fév. 2005, JurisData n° 2005-279859, 2^e esp. Dr sociétés 2005, comm. n° 214.
- Reprise d'un acte d'une société en formation, note sous cassation (com) 1er juillet 2008, Valax c/ Perche, Revue de sociétés 2009. p323.

Le Nabasque (H.)

- Obs. sous Cass. com. 15 mars 1994, n° 194.
- Note sous Cass. com. (RJDA 8-9/2003, n°842, p.747, Bull. Joly 2003, p.786.

Lepoutre (E.)

- Note sous Cass. com. 8 juill. 1997 : Bull. Joly Sociétés 1997, p.980, § 352.

Lienhard (A.)

- Note sous Cass. Com. 27 fév. 2007, n° 05-21.795, D. 2007. AJ 1021.
- Note sous Cass. com. 31 mai 2011, n° 10-18.472, Spangberg c/ Société Gauthier-Sohm : FS-P+B, JurisData n° 2011-010301, D. 2011, p 1613.
- Obs. sous l'affaire de Metaleurop, CA Douai, 2 oct. 2003, D. 2003.2571.
- Obs. Sous Cass. com, 19 avr. 2005, n° 05-10.094, Facques c/ Theetten : JurisData n° 2005-028189, D. 2005, act. jurispr. p. 1225.
- Obs. sous Cass. Com. 8 févr. 2011, n° 10-11.896, D. 2011. 515, JCP E 2011. 1151.
- Obs. sous Cass. ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, AJ p. 3270.
- Obs. sous Cass. com. 20 mars 2012, F-P+B, n° 11-10.855, Maucollot c/ Sté Finamag, D. 2012. 1584.
- Obs. sous Cass. com. 8 mars 2005, D. 2005, AJ 839, JCP E 2005, 1171, n°27.
- Obs. sous Cass. com. 13 avr. 2010, n° 07-17.912, FS-P+B, Léger c/ CRCA Centre Loire : JurisData n° 2010-003929 ; D. 2010, p. 1073.
- Obs. Sous Cass. com. 15 déc. 2009, n° 08-21.906, FS-P+B+R+I, Debono c/ Canet: JurisData n° 2009-050876 ; D. 2010, p. 7.
- Obs. sous Cass. com. 2 nov. 2005, n° 04-16.232: JurisData n° 2005-030542; Bull. civ. 2005, IV, n° 214; D. 2005, act. jurispr. p. 2872.
- Obs. sous Cass. com. 7 mars 2006, n° 04-16.536, D. 2006, p 857.

Lucas (F-X.)

- Note sous Cass. com. 12 juill. 2005, Rev. sociétés 2006, n° 1, p. 162.

- Note sous Cass. com. 7 mars 2006, n° 04-16.536, Bull. Joly Sociétés 2006, [§ 186], p 938.

Marchi (J-P.)

- Note sous Trib. Corr. Paris, 29 avril 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, p.425.

Mastrullo (Th.)

- L'extension de procédure collective pour cause de confusion des patrimoines est-elle compatible avec le règlement n° 1346/2000 ? Note sous cass (com.) 13 avril 2010, FS-P+B, n° 09-12.642, Sté Rastelli Davide et C. c/ Hidoux ès qual. Rev. Soc. 2010 p.592.
- Note sous Cass. com. 1er déc. 2009, n° 08-17.187 ; JCP G 2009, act. 564.

Martin-Serf (A.)

- Obs. sous Douai, 2^{ème} ch. A, 1er juill. 1999: Rev. proc. coll. 2000, p. 225.
- Obs. sous Cass. ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, AJ p. 3270.
- Note sous Paris 15 nov. 2007, n°07-01.145 ; Rev. proc. coll. 2008, n°87.
- Note sous Cass. com. 31 mai 2011, n° 10-18.472, Spangberg c/ Société Gauthier-Sohm : FS-P+B, JurisData n° 2011-010301, D. 2011, p 1613, Rev. Pr. Coll. 2011/6, comm. n° 200.

Matsopoulou (H.)

- Condamnation d'un gérant de fait pour banqueroute, note sous cass. crim. 23 février 2011, n° 10-83.461, Revue de science criminelle 2011 p. 619.

Mazeaud (J.)

- Note sous Cass. 3^{ème} ch. civ. 5 déc. 1972, D. 1973, p. 401.

Medjaoui (K.)

- Note sous Cass. com. 16 juin 1998, Rev. sociétés 1999, p.103.

Mestre (J.) et Fages (B.)

- Note sous Cass. com. 7 déc. 2004, D. 2005, AJ p. 77, RTD civ. 2005, p. 132.
- Obs. sous Cass. com. 3 avril 2001 : JCP 2001, IV, 2039 ; RTD civ. 2001, 882.

Monnet (J.)

- obs. sous Cass. com., 27 sept. 2005 : Dr. sociétés 2005, comm. n° 7.

Morelli (N.)

- La confusion des patrimoines, entre constance et nuance, note sous cassation, (com), 26 mai 2010, F-D, n°09-66.615. Rev. Soc. 2011, p.119.

Morin (C.)

- L'incompatibilité du groupe de sociétés et de l'unité économique et sociale, note sous Cass soc. 20 octobre 1999.

Mortier (R.)

- nullité de promesse de rachat d'actions propres, note sous Cass. 1^{re} civ. 15 nov. 2010, F-D, n° 09-69.308, Ballereau c/ Clinique Saint-Charles, rev. soc. 2011, p. 168.

Mousseron (P.)

- Note sous Cass. com. 24 juin 1997 : J.C.P ; 1997, II, 22966
- Note sous Paris, 3e ch. 15 fev. 1988 : Rev. Soc. 1988, p.436.
- Obs. sous Paris 26 nov. 1979, Rev. Soc 1980, p.323
- obs. sous Paris, 20déc. 1996, rev. soc. 1997, p.392.

Muller (Y.)

- Obs. sous Cass. Crim. 1er mars 2000, JCP E 2001, p. 947.

Navarro (J-L)

- Réflexions critiques sur les aspects du droit comptable, note sur l'autorité des marchés financiers (commission des sanctions) 3 nov. 2003.

Ohl (C-N.) et Schmidt (D.)

- Note sous Cass. com. 8 févr. 2011, n° 10-11.896, Bull. Joly 2011.297.

Peltier (F.)

- Obs. sous CA Versailles, 17 novembre 1994. JCPE 1994, pan. 1327, RD bancaire et bourse 1994, n°39, p.24.

Perrot (R.)

- Obs. sous Cass. ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, AJ p. 3270.

Pétel (P.)

- Obs. sous Paris, 12 nov. 1989, Bull. Joly 1990, p.186 ; JCP 1990, ed. E, II, 15829, n°1.
- Obs. sous Cass. com. 27 avr. 1993 : JCP G 1993, I, 3704.
- Note sous Cass. com. 1^{er} oct. 1997, Dalloz Affaires 1997, p. 1222, Bull. Joly 1998, p. 658.
- Obs. sous Cass. Com. 4 janv. 2000 : JCP E 2000, p 698.
- Obs. sous Cass. com. 7 déc. 2004, JCP E 2005, p.639.
- Obs. sous Cass. com. 2 nov. 2005, n° 04-16.232: JurisData n° 2005-030542, JCP G 2006, I, 139, n° 11.

Petit et Reinhard

- Obs. sous Cass. Com. 8 mars et 4 mai 1982, rev. soc. 1983, p. 573, RTDCom. 1998, p. 623.

Poracchia (D.)

- Conditions de nomination d'un administrateur provisoire représentant des actions démembrées, note sous Cass. com. 10 novembre 2009, F-D, n° 08-19.356. Rev. soc. 2010, p.219.
- Le dirigeant de fait personne morale par l'intermédiaire d'une personne physique administrateur à titre personnel, Note sous Cour de cassation (com.) 27 juin 2006, Société Licorne gestion, anciennement dénommée banque Worms, Rev. soc. 2007, n°2, p.905.

Putman (E.)

- Obs. sous Cass. ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, dr. et proc. 2003, p. 120.

Raby (S.)

- Obs. sous Cass. com. 7 déc. 2004, JCP E 2005, p. 236.

Rade (Ch.)

- Obs. sous Cass. Soc. 26 oct. 1999: Bull. civ. V. n°405; Dr. soc. 2000. 214.

Randoux (D.)

- Les éléments constitutifs d'une confusion de patrimoine : une conception restrictive de la notion note sous cassation. note sous Cass. Soc. 31 janvier 1995, Rev. Soc. 1996, p. 757.
- Note sous Cass. com. 20 mai 1986 : Rev. sociétés 1986.592.

Regnaut-Moutier (C.)

- Note sous Cass. Ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, AJ p. 3270, Act. proc. coll. 2002, n° 262.
- Obs. sous Cass. com. 7 déc. 2004, D. 2005, AJ p. 77, Act. proc. coll. 2005, n° 17.

Reille (F.)

- Note sous Cass. com. 16 juin 2009 Gaz Proc coll 2009/4 p. 4.
- Cass. com. 5 avr. 2011, n° 10-16.496, F-D, Perpina c/ Chatel-Louroz, Gaz. Pal. 8 et 9 juill. 2011, n° 189 à 190, p. 19.

Reinhard (Y.)

- Note sous CA. Aix-en-Provence 29 juin 1995, arrêt n°91/10997, RTD com. 1988.

Renucci (J-F.)

- Obs. sous Cass. crim. 5 mai 1997, Rev. science crim. 2002, p. 339.

Renucci (J-F.) et Meyer (O.)

- Obs. sous Cass. Crim. 6 fév. 1996 : JCP E 1996, II, 837.

Robert (J-H.)

- Obs. sous Cass. Crim. 4 nov. 2004, Dr. pén. 2005, comm. 44.

Robine (D.) et Marotte (J.)

- L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés, note sous Cour de cassation (com.) 19 avril 2005, M. Denis Facques c/ M. Jérôme Theetten, rev. Soc. 206, p.897.

Rodière (R.)

- Obs. sous Paris le 22 mai 1965, RTD com. 1965. 631.

Roujou (G.)

- Obs. sous Cass. crim. 5 mai 1997, Bull. crim. n° 159 ; 13 oct. 1999, D. 2001, Somm. p. 2351.

Rousseau

- Note sous Cass. req. 13 mai 1929, DP 1930.1.128, note A.C.S. S. 1929. L. 289.

Roussel Galle (Ph.)

- Le dirigeant de fait condamné en paiement des dettes sociales ne peut se prévaloir de l'irrégularité de la procédure de vérification des créances, Note sous Cass. com. 6 oct. 2009, F-D, n° 08-15.378, Meunier ép. Hamelet c/ Du Buit ès qual.
- Note sous Cass. com. 31 mai 2011, n° 10-18.472, FS-P+B, Spangberg c/ Société Gauthier-Sohm, Rev. sociétés 2011/9, p. 522.
- Note sous CJUE, 1^{er} ch. 15 déc. 2011, aff. C-191/10, Rastelli Davide e C. Snc c/ J.-C. H, Rev. Société 2012, p. 3.
- Obs. sous Cass. com. 2 nov. 2005, n° 04-16.232: JurisData n° 2005-030542, proc. coll. 2006-1, p. 27.

Routier (R.)

- Note sous Cass. com. 6 janv. 1998, Bull. Jolie sociétés 1998, p.370.

Rubellin (P.)

- Note sous Cass. com. 31 mai 2011, n° 10-18.472, FS-P+B, Spangberg c/ Société Gauthier-Sohm, Rev. sociétés 2011/9, p. 522.

Saintourens (B.)

- L'attitude de la SCI, bailleur d'immeuble, et le critère de la confusion des patrimoines, note sous Cass. Com. 14 janvier 2004, . Rév. Soc. 2004, p. 948.
- Note sous cass. 13 nov. 2003, Rev. soc. 2004, p97.
- Note sous Paris, 8 mars 1994, Époux putti, Bull. Joly soc. 1994.

Savatier (J.)

- Note sous Cass. 1^{er} ch. civ. 8 juin 1963, JCP 66, II, 14087.

Savatier (R.)

- Note sous Cass. crim. 2 mars 1978, Ets Haulotte, Dr. soc. 1978.396, Dr. ouv. 1978.310.

Schmidt (D.)

- Obs. sous Cass. com. 23 oct 2007, n° 06-16.537, D'Hem c/ Lacquay, FS-P+B+R+I: Bull. civ. 2007, IV, n° 225, p 259: JurisData n° 2007-041010, Bull. Joly 2008, [§ 23], p 101.

Schödermeier (M-D.)

- Note sous Paris, 05 oct. 1993, Bull. Joly 1993, 1231, RTD Com. 1994, p.58.

Soinne (B.)

- Note sous Cass. com. 1er oct. 1997, Dalloz Affaires 1997, p. 1222, Petites affiches, 12 juin 1998, n° 70, p. 22.

Taormina (G.)

- Obs. Sous Cass. Ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2002, AJ p. 3270.

Thullier (B.)

Note sous Cass. com. 23 oct 2007, n° 06-16.537, D'Hem c/ Lacquay, Bull. civ. 2007, IV, n° 225, p 259: JurisData n° 2007-041010, Déf. 2008, art. 38804, p 1481.

Toubiana

- Note sous Cass. com. 8 oct. 1973, Rev. soc. 1974, p. 518.

Trébulle (F-G.)

- Note sous Cass. com. 26 mars 2008, n° 07-11.619 : Bull Joly 2009, p. 908.

Urbain-Parleani (I.)

- La responsabilité de personne morale à l'épreuve des fusions, note sous cass. (crim.), 20 juin 2000, Rev. Soc. 2001.
- Note sous Versailles, 20 juin 2006, Bull. Joly 2006. 1424, note P. Le Cannu ; Rev. soc. 2007.

Vallansan (J.)

- Note sous Cass. com. 2 nov. 2005, n° 04-16.232: JurisData n° 2005-030542, Act. proc. coll. 2005, comm. 237.
- Obs. sous CJUE, 1^e ch. 15 déc. 2011, aff. C-191/10, Rastelli Davide e C. Snc c/ J.- C. H, Act. Pr. Coll. 2012/1, comm. n° 17.

Verkindt (P-Y.)

- Note sous Cass. soc. 4 mars 2009 : JCP S 2009, 1190.

Vialdal

- Note sous cassation, com 24 janv 1995, Rev de société 1995, p. 46 ; JCP éd. E. 1995 pan. 913 ; Dr. Société 1995.

Viandier (A.)

- Note sous Cass. com. 23 oct. 2007, JCP E 2007, 2433.
- Note sous Cass. com. 5 fév. 1985, arrêt SOGAR, Bull. civ. IV, n°44, p.37 ; JCP éd. G 1985, II, 14534.

Vidal (D.)

- Obs. sous Cass. com. 27 janv. 1998 : Bull. Joly 1998, p. 535, note Le Cannu, Dr sociétés 1998, comm. n° 46.

Viney (G.)

- Note sous CJUE, 17 juin 1992, JCP G, 1993.I.3664, n°3 à 6.

Waquet (F.)

- Transfert d'une entité autonome, perte d'identité. Revue de droit du travail, 2008, p35, note sous Cass. soc. 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-41.512 et 06-41.800, inédits.

INDEX

(Les chiffres renvoient au numéro des paragraphes)

A

Abus :

- De bien sociaux 514 et ss.
- De majorité 98, 137, 148, 157, 159, 226, 227, 229, 686.
- De minorité 114, 121, 141, 144.
- De position dominante 135 et ss.
- De pouvoir 142 et ss.
- De vote 135 et ss.

Accord collectif : 286 et ss. 306, 314, 440

Action :

- d'usufruit : 207 et ss.
- de propriété : 211 et ss.
- directe : 774 et ss.
- en comblement de passif : 596 et ss, 637, 638, 639 et ss. 718 et ss. 777.
- en nullité : 96, 108, 145, 550, 734, 740, 742
- oblique : 744 et ss.
- paulienne : 733 et ss.

Activité :

- complémentarité d'activité 88, 102, 140, 186, 319, 455, 469, 472, 487, 538, 703, 732, 755.
- transfert de l'activité sociale : *voir apport partiel d'actif*.

Administrateur : 85, 90, 94, 95, 98, 107, 108, 109, 241, 243, 390, 495, 501, 505, 509, 516, 583, 600, 611, 626, 643, 648, 649, 655, 659, 663, 683

- provisoire ou judiciaire : 79, 154 et ss. 241.
- cumul contrat de travail/mandat social : 7, 248, 665.
- liste des administrateurs : 187
- société mère administrateur : 643, 647.

Ancienneté du salarié : 268 et s.

Apparence : *voir le mot fictivité*

Apport en nature : 125, 132.

Apport partiel d'actif : 119, 146, 259, 431 et ss.

Assemblée générale d'associés ou d'actionnaires : 43, 44, 49, 53, 171, 172, 174, 175, 176, 182, 188, 197, 202, 203, 225.

- approbation des conventions réglementées : 96, 97, 98.

- composition
- droit de participer aux décisions collectives : 203 et ss.
- ratification des conventions réglementées : 84, 92.

Associé :

- augmentation des engagements : 177, 182 et ss.
- convention avec la société : 91.
- exclusion : 168 et ss.
- modification dans le contrôle d'un associé personne morale : 44, 171.
- protection des associés minoritaires : 79 et ss.
- responsabilité 671 et ss.

Augmentation des engagements d'associé : 173, 181 et ss.

Autocontrôle : 576 et ss.

Avantage particulier : 122 et ss.

B

Banqueroute : 627, 629, 667 et ss.

Bénéfice

C

Centre d'intérêts : 502 et ss.

Cession :

- cession de contrôle : 440 et ss.
- cession d'entreprise : 440

Changement :

- de forme juridique : *voir transformation*.
- de lieu de travail : 311.

Clause :

- statutaire : 169 et ss. 182, 184, 209 et ss. 253.
- de mobilité de salarié : 285 et ss. 311.

Coemployeur : 268, 272, 319, 408 et ss.

Comblement de passif : 596 et ss. 637 et ss. 718 et ss.

Comité :

- d'entreprise : 305, 312, 399 et ss. 424 et ss. 442, 447
- de groupe : 268, 391, 401

Compétence judiciaire : 501 et ss.

Complémentarité d'activités : *voir activité*.

Comptes consolidés : 53 et ss. 187, 193, 526, 579, 634, 635, 738.

Concert : 52, 62, 149, 200, 580 et s. 729.

- action de concert : 199, 712.

Concurrence :

- protection des créanciers en droit de la concurrence : 705 et ss.

Confusion

- d'activités, d'intérêts et de direction : 408 et ss.
- de patrimoine : 455 et ss.
- de personnel : 345

Conjoint :

- employeur conjoint : *voir coemployeur*.
- Contrôle conjoint : *voir contrôle*

Conseil d'administration : 241 et ss. 253, 254.

Conseil de surveillance : 248 et ss.

Consolidation : *voir comptes consolidés*.

Contrôle :

- contrôle conjoint : 52 et ss. 580, 710.
- contrôle exclusif : 51, 57, 578, 579, 581.
- contrôle indirect : 48, 65, 90, 248, 582.
- notion de contrôle : 38 et ss. 526.

Convention

- ou accord collectif : 78, 286 et ss. 309, 314, 324, 439, 440
- de trésorerie : voir opération.
- Interdite : 107 et ss. 730, 735.
- Libre : 99 et ss.
- Réglementée : 84 et ss. 330, 726 et ss.

Cumul

- de contrat de travail/mandat social : 350 et ss.
- de mandats sociaux : 7, 248.

D

Décision collective :

- Conventions réglementées : *voir le mot 'convention'*
- règle générale : SA : 236 et ss. SAS : 252 et ss. SARL : 256 et ss. SNC et SCS 663 et ss.

Délégation de pouvoir : 247, 636.

Délit d'abus de bien sociaux : *voir abus de biens sociaux*.

Détachement de salariés :

- règles générales : 304 et ss.
- dans une filiale située à l'étranger : 324 et ss.
- pour l'exercice d'un mandat social : 350 et ss.

Dirigeant sociaux :

- abus de pouvoir : 142 et ss. 148.
- conventions réglementées : 90 et ss.
- dirigeant commun : 94 et ss. 472, 576.
- de fait : 512, 585 et ss.
- Pouvoir de direction : SA : 240 et ss. SAS : 252 et ss. SARL : 259, SNC et SCS : 263.

Droit :

- à l'information : 186 et ss.
- de faire partie de la filiale : 168 et ss.
- de participer aux décisions collectives : 203 et ss.
- de retrait : 160 et ss.
- pécuniaires : 220 et ss.

E

Effets :

- de la confusion de patrimoine : 490 et ss.
- de la faute de gestion : 659 et ss.
- de transfert de salariés : 294 et ss.

Environnement : *voir responsabilité de la société mère en droit de l'environnement*.

Exclusion d'associé :

- statutaire : 171 et ss.
- Légale : 171 (bas de page n°380).

Expertise de gestion : 189.

Extension de procédure collective : 453 et ss. 491 et ss.

F

Faillite personnelle : 667 et ss.

Faute :

- caractérisée : 718, 723
- civile consécutive à une infraction pénale : 627 et ss.
- de gestion : 641 et ss.
- détachable de l'exercice des fonctions sociales : 616 et ss.
- d'une gravité particulière : 619 et ss.

Filiale : 61 et ss.

Fusion

- droit des associés à l'information en cas d'une fusion : 201 et ss.
- protection des créanciers : 694 et ss.
- protection des salariés : 443 et ss.

G

Groupe de contrat : 732, 755, 758, 763.

Groupe de société

- composition du groupe : 29 et ss.
- Contrôle : 39 et ss.
- de structure complexe : 164.
- définition de groupe : 14 et ss.
- horizontal : 164.
- mono-national : 15 et ss.
- multinational : 23 et ss.
- pyramidal : 164.

H

Holding : 21, 30, 35, 36 et ss. 65 et ss. 106.

I

Influence dominante : 13, 15, 21, 54, 57, 92, 525, 579, 670, 705.

Information :

- des associés : *v. droit à l'information*
- de comité d'entreprise : 312 et ss. 401 et ss. 424 et ss. 447.
- de comité de groupe : 401.

Insuffisance d'actif social : 435, 496 et ss. 508 et ss. 585, 589, 596, 598 et ss. 637 et ss. 718 et ss. 777.

Intérêt

- conflit : *voir conflit d'intérêt.*
- de groupe : 451, 532 et s. 543, 643, 115 et ss. 135, 155, 249.

- social : 115 et ss.

L

Liquidation judiciaire : 452 et ss. 652 et ss. 660 et ss. 686 et ss. 715 et ss. 721 et ss.

Lien de causalité : 657 et s.

M

Majorité : *voir abus de majorité*

Mandat social : 248, 294, 350 et ss.

Minorité : *voir abus de minorité*

Mutation

N

Nullité :

- causée par l'insuffisance du capital social : 675.
- d'une clause statutaire : 221 et ss.
- de convention interdite : 107 et s.
- de convention réglementée : 96 et ss.
- de décision abusive : 144 et ss.
- de décision collective : 686 et ss.
- de procédure de licenciement économique : 406.
- de transfert de salarié : 279.
- en cas de fictivité de la filiale : 550 et s.
- Nullité de la filiale imputable à la société mère fondatrice : 682 et ss.

Nue propriété : 50, 91, 207 et ss.

O

Objet social (dépassement – faute de gestion –) : 621.

Opérations courantes : 100 et ss.

Opérations de trésorerie : 104 et ss. 139, 230, 485, 587, 644.

Opposition aux décisions collectives : (réduction du capital : 622 et s.) ; (fusion : 443, 694 et ss.) ; (scission : 699) ; (transformation, 436 et ss. 700).

P

Participations réciproques : 40, 48, 49, 569 et ss.

Passif : *voir action en comblement de passif*.

Patrimoine social :

- confusion de patrimoine : *voir le mot confusion*.
- transmission universelle de patrimoine : 444, 699.

Présentation des comptes annuls ou consolidés infidèles : 633 et s.

Prêt de main d'œuvre : *voir détachement de salariés*.

Prête-noms : 551, 606.

Programme de rachat d'actions : 562

Promesse de rachat : (validité : 560 et s.).

Protection des minoritaires : 61 et ss.

Protection du personnel : 267 et ss.

R

Rachat par la société de ses propres actions : 559 et ss.

Rapatriement de salarié : 325, 338, 339 et ss. 347.

Reclassement de salariés : 275, 300, 325, 328, 338, 340 et ss.

Reprise des engagements : 33, 680.

Réserve (mise en réserve) : 138, 146, 147, 149, 184, 220 et ss.

Responsabilité de la société : 1, 205, 300, 328, 409, 423, 544, 548, 601, 608, 610 et ss. 626, 702, 710, 615 et ss. 618 et ss. 726 et ss.

S

Salarié : *voir le mot personnel*

Scission : 146, 214, 367, 563 567, 699.

Seuils (franchissement : 40, 195, 199, 424).

Société :

- contrôlease : (définition : 38 et ss.).
- en difficulté : 596, 637.
- fictive : 558 et ss.
- filiale : (notion : 61 et ss).
- grand-mère et arrière-grand-mère : (prise en charge des obligations financières d'une filiale : 720).
- holding : *voir le mot*.
- *in bonis* : 603, 615.
- mère : (notion : 38 et ss.).

Sous-acquéreur : (action directe 761 et ss).

Sous-filialisation : 146, 259, 301, 432, 692, 723, 739.

Sous-traitance : (action directe : 756).

Succursale : 72 et ss.

T

Titre émis par la société : 167 et ss.

Transfert de salarié : 271 et ss.

Transformation de la filiale : 185, 364, 436 et ss. 700 et ss.

Transmission universelle de patrimoine social : *voir le mot patrimoine*.

Trésorerie : *voir convention de trésorerie*.

U

Unité de direction : 13, 83, 461.

Unité de procédure collective : 494 et ss.

Unité économique du groupe : 17 et ss. 55, 82, 268, 285, 363, 385 et ss. 412, 450, 458, 460 et ss. 584, 708 et ss. 774.

V

Vote

- (abus de vote : voir le mot abus).
- Droit de vote double : 41, 122.
- Limitation de droit de vote : 219 et ss.
- Suppression de droit de vote : 217 et ss.
- Suspension de droit de vote : 211.

TABLE DES MATIERES

Liste des principales abréviations.....	5
Sommaire.....	8
Introduction.....	10
Chapitre préliminaire : Notion de groupe de sociétés.....	19
Section I : La définition de groupe de sociétés.....	20
Sous-section I : Le groupe de sociétés mono-national.....	20
Sous-section II : Le groupe de sociétés multinationales.....	29
I- Définition de groupe de sociétés multinationales.....	29
II- La différence entre le groupe multinational et la société internationale.....	32
Section II : Les entités composant le groupe de sociétés.....	33
Sous-section I : La société mère.....	34
I- Une société personne juridique.....	35
II- Une société mère ou contrôlée.....	38
Sous-section II : La société dominée (filiale et contrôlée).....	53
I- La notion de société filiale.....	53
II- Distinction entre filiale et succursale.....	61

PARTIE I : LA PROTECTION DES CREANCIERS INTERNES DE LA FILIALE66

Titre I : La protection des associés minoritaires des filiales.....68

Chapitre I : La protection des minoritaires par la prévention de conflits d'intérêts70

Section I : Le conflit d'intérêt issu des actes conclus entre la filiale et sa mère71

Sous-section I : Les conventions réglementées.....72

I- La notion de convention réglementée.....73

II- Les personnes concernées.....76

III- Les sanctions des conventions réglementées non autorisées.....81

Sous-section II : Les conventions libres.....83

I- Les actes portant sur des opérations courantes ou conclues à des conditions normales.....83

II- Les conventions portant sur des opérations de trésorerie.....88

Sous-section III : Les conventions interdites.....90

Section II : Le conflit d'intérêts issu de la position dominante de la société mère93

Sous-section I : Les différentes formes d'abus de position dominante.....94

I- La poursuite d'un intérêt personnel contraire à l'intérêt social.....94

II- l'octroi personnel d'un avantage particulier.....102

Sous-section II : Les sanctions de l'abus de position dominante.....110

I- La notion d'abus de position dominante.....111

II- Les effets de l'abus de position dominante.....118

Chapitre II : La protection des minoritaires fondée sur l'autonomie de la filiale.....136

Section I : L'obligation de respecter les droits des minoritaires137

Sous-section I : Les droits extra-pécuniaires.....137

I- Le droit de faire partie de la filiale	137
II- L'interdiction d'augmenter l'engagement des associés de la filiale	144
III- Le droit à l'information des associés minoritaires de la filiale	146
IV- Droit de participer aux décisions collectives.....	156
Sous-section II : Les droits pécuniaires	168
I- Le principe général	169
II- La mise en réserve comme exception au principe général	171
Section II : L'obligation de respecter l'organisation des pouvoirs au sein de la filiale	176
Sous-section I : L'organisation des pouvoirs au sein d'une filiale à risque limité	178
I- L'organisation des pouvoirs au sein d'une société filiale anonyme	178
II- L'organisation des pouvoirs au sein d'une filiale SAS	188
III- L'organisation des pouvoirs au sein d'une filiale SARL	190
Sous-section II : L'organisation des pouvoirs au sein d'une filiale à risque illimité	193
I- Le pouvoir de décision	193
II- Le pouvoir de direction.....	196
Titre II : La protection du personnel de la filiale	199
Chapitre I : La mobilité des salariés de la filiale	201
Section I : Le transfert du salarié de la filiale	201
Sous-section I : Les caractéristiques du transfert de salariés.....	202
Sous-section II- Les conséquences du transfert sur le statut du salarié	215
Section II : La mise à disposition ou le prêt de main-d'œuvre	220
Sous-section I : Les règles générales du prêt de main-d'œuvre	221
I- Les conditions de prêt de main-d'œuvre	221
II- Les effets de la mise à disposition	226
Sous-section II : Cas particuliers de mise à disposition.....	231
I- La mise à disposition de salarié dans une filiale située à l'étranger.....	231
II- Le détachement du salarié dans une filiale pour l'exercice d'un mandat social	242
Chapitre II : La protection des salariés en cas de restructuration du groupe	251
Section I : La restructuration impliquant un licenciement économique de salariés	253
Sous-section I : Les motifs du licenciement économique	253
Sous-section II : Les obligations antérieures et postérieures du licenciement économique	262
I- L'obligation au reclassement	263
II- La procédure de licenciement pour motif économique	272
Section II : La restructuration impliquant un changement dans la situation du salarié	283
Sous-section I : Les droits des salariés en cas de cession de la filiale ou de son entité	284
I- La cession de filiale	285
II- Le transfert d'une entité économique détenue par la filiale	290
Sous-section II : Les droits des salariés en cas de transformation de la filiale ou sa mère.....	295
I- La transformation de la société filiale	296
II- La transformation de la société mère	299
Sous-section III : Les droits des salariés en cas de fusion de la filiale ou de sa mère.....	300

PARTIE II : LA PROTECTION DES CREANCIERS EXTERNES DE LA FILIALE.....	307
Titre I : La protection des créanciers de la filiale contre le non-respect de sa personnalité.....	310
Chapitre I : La protection des créanciers de la filiale en cas de confusion de patrimoine	312
Section I : La notion de confusion de patrimoine.....	313
Sous-section I : La définition de la confusion de patrimoine.....	314
Sous-section II : Les éléments constitutifs de la confusion de patrimoine	322
I- La nécessité d'un mélange des patrimoines	323
II- L'existence d'un déséquilibre patrimonial	324
III- L'anormalité des flux ou des relations financières	326
Sous-section III : Les indices de la confusion de patrimoine	329
I- Les indices extrinsèques	329
II- Les indices intrinsèques	331
Section II : Les effets de la confusion de patrimoine.....	337
Sous-section I : Les effets civils de la confusion de patrimoine	338
I- L'extension de procédure collective à une société non-dirigeante	338
II- L'extension de la procédure collective de la filiale à ses dirigeants	349
Sous-section II : Les effets pénaux de la confusion de patrimoine	353
I- Les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux	354
II- L'intérêt du groupe, fait justificatif des relations ou flux financiers anormaux	358
Chapitre II : La protection des créanciers de la filiale en cas de fictivité	374
Section I : La protection des créanciers en cas de fictivité de la filiale elle-même	376
Sous-section I : La protection des créanciers de la filiale totalement fictive	376
Sous-section II : La protection des créanciers en cas de fictivité partielle de la filiale	382
I- L'interdiction de rachat par la filiale de ses propres actions.....	382
II- La protection des créanciers de la filiale en cas de participations réciproques	388
III- La protection des créanciers de la filiale en cas d'autocontrôle	391
Section II : La protection des créanciers en cas de fictivité dans la direction de la filiale	397
Sous-section I : La qualification de dirigeant de fait pour la société mère	397
Sous-section II : Les conséquences de la qualification de dirigeant de fait.....	405
I- Le dirigeant de fait d'une filiale en liquidation judiciaire	406
II- Le dirigeant de fait d'une filiale <i>in bonis</i>	410
Titre II : La protection des créanciers contre les fautes de la société mère	413
Chapitre I : La protection des créanciers en droit des sociétés	415
Section I : La société mère, dirigeante de sa filiale	416
Sous-section I : La société-mère dirigeante d'une filiale <i>in bonis</i>	418
I- L'action en responsabilité pour faute détachable des fonctions sociales	419
II- La faute civile consécutive à une infraction pénale	426

Sous-section II : La société-mère dirigeante d'une filiale en difficulté.....	433
I- L'action en comblement de passif.....	434
II- La faillite personnelle des dirigeants de la filiale	454
Section II : La protection des créanciers contre la société mère associée de sa filiale	458
Sous-section I : La protection des créanciers contre la société mère fondatrice	460
I- La faute caractérisée par l'insuffisance du capital de la filiale.....	460
II- Refus par la filiale des engagements pris lors de sa formation	463
III- L'annulation de la filiale imputable à la société mère fondatrice.....	465
Sous-section II : La protection des créanciers contre la société mère, associée majoritaire	467
I- La protection des créanciers contre le vote abusif ou la fraude de la société mère	469
II- La protection des créanciers par l'opposition aux décisions collectives	472
Chapitre II : La protection des créanciers de la filiale selon des règles particulières	479
Section I : La protection des créanciers particulière à certains domaines	481
Sous-section I : La protection des créanciers en droit de la concurrence	481
I- La notion de groupe d'entreprises en droit de la concurrence	482
II- La protection des victimes des pratiques anticoncurrentielles	487
Sous-section II : La protection des créanciers de la filiale en droit de l'environnement.....	489
I- La responsabilité de la société mère selon l'article L. 512-17 C.E.	491
II- La responsabilité de la société mère régie par l'article L. 233-5-1 C. com.	496
Section II : La protection des créanciers de la filiale, fournie par le droit civil	500
Sous-section I : L'action paulienne, moyen de protection des créanciers de la filiale	501
Sous-section II : La protection des créanciers de la filiale par l'action oblique	510
I- Les conditions de l'action oblique	511
II- Les effets de l'action oblique	514
Sous-section III : La protection des créanciers de la filiale par l'action directe.....	515
I- L'action directe en matière de la sous-traitance.....	517
II- L'action directe en faveur du sous-acquéreur	520
Conclusion générale	527
Bibliographie	532
INDEX	584
TABLE DES MATIERES.....	593